RESPVESTA QVE SE DA

POR

DON IVAN MANVEL

DE LEON Y LANDO; A LAS INFORMACIONES en derecho de D. Pedro Manuel de Lando, y D. Francisco Manuel de Lando, Cauallero de el Abito de Alcantara.

*** *EN EL PLEYTO* ***

QVE TRATAN POR EL

MAYORAZGO DE LAS CVEVAS, QVE FVNDARON GONZALO Ruyz de Leon, Guarda mayor del señor Rey Don Enrique, y de los señores Reyes Catolicos, y de su Consejo, Alcayde de los Alcaçares, y Atarazanas Reales de la ciudad de Seuilla, Cauallero del Orden de Santiago, y Comendador de Moratalla, Ventiquatro de Seuilla, Cordoua, y Baeza.

Y DOÑA MARIA MANVEL DE LANDO su muger.

Impresso [illegible]

AVNQVE Para los replicatos se discurre en lo comun, por los mismos puntos, dificultades, conclusiones, y opiniones, con que los contrarios fundan en Derecho sus pretensiones, y impugnan las de don Iuan Manuel; ha parecido no se puede seguir el dicho orden en este papel.

2 ¶ Porque despues de la vista de este pleyto, y de auerse escrito en el por las partes, han hecho nueuas alegaciones, y ponderado la escritura de capitulaciones del matrimonio de don Iuan Manuel, y doña Iuana de Guzman (casa 5.) presentada en esta instãcia de reuista, y se han presentado otras, de que se hizo, por auto de los señores de la Sala, tercera Adicion al memorial, mayor que el principal, de que resultan puntos en derecho, no deduzidos en el pleyto de Tenuta, ni para la sentencia de vista, que por esta parte se pretende, son los principales por donde se ha de gouernar la determinacion deste pleyto, y que es preciso tratarlos.

3 ¶ Y concurre, que litigandose por el mayorazgo de las Cueuas, y teniendo su fundacion escritura particular separada, y disposicion clara, por donde se deue determinar; se ha menospreciado de suerte en las Alegaciones, que se supone no es de el caso.

4 ¶ Tambien en el estado de el pleyto de Tenuta, y de este en la sentencia de vista fue presupuesto llano que los Fundadores al tiempo de la fundacion de los mayorazgos de las Cueuas, y de Rejugena, tuvieron potestad para excluyr de el de las Cuevas al hijo mayor de don Iuan Manuel, primero llamado (en el caso de juntarse con el de Rejugena) y aunque por la dicha escritura de capitulaciones se prueua lo contrario, se procede con el presupuesto primero en las informaciones en derecho de don Pedro, y don Francisco Manuel.

5 ¶ Y presuponiendo que la clausula que comiença: *Y por quanto*, puesta en la fundacion del mayorazgo de Rejugena (siendo en distinta escritura) influye precisamente en la sucesion del de las Cuevas, no tratan el punto.

6 ¶ Ponen por constante, que solo con auer hecho los Fundadores dos mayorazgos en dos hijos, y el caso que preuinieron en la dicha clausula, *Y por quanto*, se formò incompatibilidad Real, y lineal, y passan a los efectos, sin ajustar los requisitos todos que han de concurrir para lo vno, y otro.

7 ¶ Y en el caso de la clausula, *Y por quanto* (de faltar sucessores de don Francisco Manuel, primero llamado al mayorazgo de Rejugena, en que se llamò a don Iuan Manuel su hermano, y se dispuso que en sus hijos se diuidã los mayorazgos) siẽdo el punto, si el coso mixto (de hallarse don Iuan Manuel, que litiga, descendiente mayor de los dichos don Francisco, y don Iuan) comprehenderà el caso simple que se preuino (de faltar descendientes de don Francisco) en que pone reglas el Derecho, no se tocan, y se discurriò por otros lados.

8 ¶ Y la disputa por principal tema es, la dicha clausula, *Y por quanto*, y estando preuenido el mismo caso en la fundacion del mayorazgo de las Cueuas, en la clausula que comiença, *E si acaeciere*, que explica, y quita la duda de la clausula, *Y por quanto*, y son vna en sustancia, y puestas en el mismo lugar, y caso de los llamamiẽtos, no se pondera para esto, antes se supone en el hecho, que el dicho caso se omitiò en la fundacion del mayorazgo de las Cueuas.

9 ¶ Y para los efectos de la incõpatibilidad (que es la segunda parte) auien-

do disposicion expressa de derecho, en el caso, que (segun pretenden don Francisco, y don Pedro Manuel) puede consistir, no la indiuiduan, y discurren por las reglas generales de la incompatibilidad.

10 ¶ Los terminos en que se ha tratado esta duda, son, si puede, ò no, don Iuan Manuel, elegir vno de los dos mayorazgos, el que quisiere, auiendo de ser, si cō el allanamiento de dexar el de Rejugena (en caso de no poder tenerlos ambos) ha de auer el de las Cueuas, que es el propio caso, y no de eleccion, que varia la sustancia del.

11 ¶ Y para que se ajuste este replicato, y el reduzir a el los puntos propuestos, y responder a lo que se ha opuesto, se diuidirà en dos partes, como se ha hecho en las informaciones dadas por los que litigan (que la tercera de competencia de prelacion entre don Pedro, y don Francisco Manuel) no toca a don Iuan.

12 ¶ En la 1. parte se defenderà, que don Iuan es el sucessor legitimo de ambos mayorazgos, y que no son incompatibles en su persona, y que en el caso de esta vacante no tienen llamamiento don Pedro, ò don Francisco, y que a el tiempo de la fundacion del año de 1491. no pudieron, ni quisieron los Fundadores excluyr a don Iuan Manuel el primero, ni al que litiga, del mayorazgo de las Cueuas.

13 ¶ En la segunda, que en el caso de no poder tener ambos mayorazgos don Iuan Manuel, le pertenece el de las Cueuas, con el ofrecimiento de dexar el de Rejugena.

PRIMERO MEDIO, PARA LA COMPROVACION DE la Primera Parte.

14 QVE Don Iuan Manuel es el sucessor legitimo de los dichos dos mayorazgos, que no son incompatibles, y lodemas que contiene la proposicion puesta en el num. 12. se fundò en la Alegacion que por su parte se diò à num. 27. vsque ad 145. y pues no se duda en el derecho al mayorazgo de Rejugena, se tratarà solo del de las Cueuas, y para obseruar el orden que se propuso a el principio, y discurrir en el primero medio, se supone la conclusion siguiente.

15 ¶ Constante es (y assi lo reconocen los contrarios) que conforme a la escritura principal de fundacion del mayorazgo de las Cueuas, y considerada su disposicion separadamente, es el llamado, y legitimo sucessor de el don Iuan Manuel, como descendiente por linea legitima de varon mayor de don Iuan Manuel, primero llamado.

16 ¶ Y que en la dicha fundacion no ay clausula que prohiba el jūtarse este mayorazgo con otro alguno, ni con el de Rejugena; si no en caso de faltar descēdientes de don Iuan Manuel, primer llamado (que no à llegado porque ay muchos).

17 ¶ Deforma, que en la misma escritura (de que los cōtrarios se valen) de fundacion del mayorazgo por que se litiga, tiene don Iuan Manuel fundada su pretension, y corriera sin dificultad.

PROPONESE LA PRINCIPAL OPOSICION DE DON PEDRO, y Don Francisco Manuel.

18 PARA Excluyr el dicho derecho, es de don Pedro, y don Francisco Manuel el vnico fundamento (de que infieren los demas) la clausula del mayorazgo de Rejugena, que comiença, *Y por quanto*, que se puso en todas las Alegaciones, y en la de don Iuan, num. 11.

Y supo-

19 ¶ Y suponen, que por ella se ha de gouernar la sucesion del mayorazgo de las Cueuas, y infieren incompatibilidad en los dos, y otros Articulos que tocā a la voluntad presumpta de los Fundadores, y auiendo de concurrir en primero lugar la potestad, no se ha tratado si la huvo, en la Alegacion de don Francisco, y muy breuemente en la de don Pedro, y porque con la resolucion deste punto se pretendē desvanecer las pretensiones de don Pedro, y don Francisco (pues si los Fundadores no tuvieron potestad, no se necessita de passar al caso de la voluntad) se notan los defectos de potestad en particular.

REFIERENSE DOS DEFECTOS DE POTESTAD.

20 EL Primero se considera en los Fundadores, y que al tiempo de la fundaciō del mayorazgo de Rejugena, no pudieron quitar, ni alterar la succession regular del de las Cueuas.

21 ¶ Segundo, este mira a la execucion del acto, *id est*, que la dicha clausula, *Y por quanto*, puesta en la fundacion de el mayorazgo de Rejugena, no puede alterar la forma de suceder (dada por diferente escritura perfecta) en el de las Cueuas, ni influyr directamente, de que se trata, à num. 191.

PROPONESE EL PRIMERO DEFECTO DE POTESTAD, QVE se considera en los Fundadores.

22 ESTE se fundò en la Alegacion de don Iuan, Articulo 2. à num. 124. donde se declara (como es constante) que es defensa nueua, deduzida en esta instancia, y tan releuante, que puede assegurar el sucesso en su fauor.

23 ¶ Y se ponderò la escritura de capitulaciones que los fundadores hizieron con don Alonso de Guzman, Alguazil mayor de Seuilla, para el casamiento de don Iuan Manuel, y doña Iuana de Guzman (casa 5) que por no auerse puesto a la letra en el memorial, se mandò sacar en la tercera adicion, num. 4. cuyas clausulas se citaràn.

24 ¶ Suponese, que en la alegacion de don Iuan, numer. 128. & 129. por equiuocacion, ò yerro de la Imprenta, se dize, que la escritura que se (ha llamado principal) de la fundacion del mayorazgo de las Cueuas, fue passados los seys meses de termino que se puso en la de capitulaciones, siendo veynte dias antes que se cūpliessen; porque las capitulaciones fueron a 16. de Diziembre de 1490. años, y la otra a 26. de Mayo de 1491. como se refiere en la 3. addicion al memorial al fin de el numero 4.

25 ¶ La conclusion que alli se propuso, y se afirma en este papel, es, q̄ desde el otorgamiento de la dicha escritura de capitulaciones, quedò fundado el mayorazgo de las Cueuas con llamamientos regulares en las palabras, ibi: *Porque vos el dicho don Iuan Manuel nuestro fijo, y vuestros descendientes los ayades.*

26 ¶ Y consiguientemente irreuocable, de que se sigue, que los fundadores no tuvieron potestad para mudar los llamamientos, y hazerlos irregurales en la fundacion del mayorazgo de Rejujena, que fue cinco meses despues.

27 ¶ Y en la alegaciō por don Iuan, num. 129. (con bastante fundamento) se notò, que para el punto de derecho, y efecto de la escritura de capitulaciones, no hazia falta la de donacion (que supone auer precedido) ò fuesse por no auerse otorgado, ò no hallado: mas no se procediò a la comprouacion.

28 ¶ Y porque despues en la alegacion en derecho, dada por don Pedro Manuel, y en peticiones del susodicho, y de don Francisco, que estan en la tercera

 adi-

adicion al memorial, se ha intentado impugnar la dicha conclusiõ, ha parecido preciso proceder con distincion a tratar los casos en que se pueden verificar las palabras de la escritura de capitulaciones, en suponer donacion antecedente, y como en qualquiera dellos quedò perfecta, y irreuocable la fundacion del mayorazgo de las Cueuas en la escritura de capitulaciones, con llamamientos regulares.

PROPONESE EL PRIMERO DE LOS CASOS QVE PVEDE COMprehender la disposicion de dicha escritura.

29 ES en terminos deste pleyto, donde consta de la dicha escritura de capitulaciones (y no de la que refiere antecedente) y que sin esta obre aquella, y se ha de executar, se manifiesta.

30 ¶ Con que las palabras de la escritura de capitulaciones, son: *Nos obligamos de fazer, y otorgar por contrato publico, a vos el dicho don Iuan Manuel nuestro hijo ratificacion y aprouacion del mayorazgo, y donacion que nos, vos tenemos hecho.*

31 ¶ Sin remitirse a la tal donacion, y solo hazẽ mencion (en que ay grande diferencia) porque en nuestro caso de hazer mencion, subsiste por si el instrumento, sin que necessite de que comparezca el mencionado, como en terminos de donacion se prueua.

32 ¶ *Ex text. nost. in l. si donatio 5. C. de donat.* ibi: *Si donatio per epistolam facta non apparet, verba tamen testamenti, quibus liberalitas testatricis confirmata est, fideicommissum continere non ambigitur.*

33 ¶ Et Bald. *in Summario, & in lect. num. 2.* ibi: *Quando in vno instrumento fit mentio alterius instrumenti, non esse necesse de primo constare, quando secundum per se principalitèr disponeret.* Et ibi Add. donde ponen la razon Xuar. *in l. post rem iudic. in declarat. l. rei, part. 2. quest. 1. numer. 5.*

34 ¶ *Horat. Viscont. alios referens in conclus. iur. verb. Instrumentum vnum, fol.* 127 ibi: *Verùm quando in instrumento fit mentio de alio instrumento, non est necesse primum exhiberi, & de illo constare, quando secundum potest per se principaliter disponere.*

35 ¶ Y estos son los terminos en que estamos, pues la dicha escritura de capitulaciones, no se refiere a la que menciona: antes los otorgantes se obligaron a que al dicho don Iuan su hijo, y sus descendientes, serian ciertos los bienes, y los expressaron con sus demonstraciones, limites, y valor.

36 ¶ Y la dicha expressiõn de los bienes por si, no solo en dicha escritura, en que las palabras son dispositiuas, sino quando fueran enunciatiuas obraran disposicion, aunque no conste de la primera donacion, y fundacion de el mayorazgo, *ex text. expres. in l. ex hac scriptura* 16. *ff. de donat.* ibi: *Ex hac scriptura sciant heredes mei, me vestẽ vniuersam, ac res cæteras, quascumque in die mortis meæ mecum habui illi, & illi liberis meis viuũ donasse: dominium ad liberos benigna interpretatione pertinere.*

37 ¶ Donde la *glos. verb. Pertinere,* auiendo opuesto de otros, text. responde, ibi: *Non fuit expressa species, vel quantitas hic, sic.*

38 ¶ Y la misma glos. nota, que vale por donacion entre viuos, ibi: *Et sic valet donatio inter viuos.*

39 ¶ La razon es, porque los otorgantes con la enunciacion, de que tenia hecho mayorazgo, y donacion, de aquellos bienes, se pudieran perjudicar, *l. optima, C. de contrah. stipulat. Bald. in Auth. Si quis in aliquo documento, C. de edend. col. 2. Et cum alijs* en caso de donacion *Rodr. Xuar. in l. post rem iudic. in declar. l. reg. 2. part. quæst. 1. incipit, Visum est, num. 4.*

nu 4.ibi:*Illa verba enũtiatiua probãt,alio non requisito, cũ potuerint per assertionẽ sibi præiudicare.*

40 ¶ Y se comprueua este discurso (de que no estamos en caso de relaciõ, sino de mencion) con lo que en terminos notò *Medicis in tract. de regul. iur. reg.* 10. *in* 2. *summa, fol. mihi* 72. ibi: *Decimo fallit, vt relatio non dicitur facta, quando dispositio fit ab eo, qui potest liberè disponere, Alba. cons.* 67. *num.* 74. *Oldrad. cons.* 121. *num.* 12. *Decius in dict. Authen. Si quis in aliquo documento, nu.* 34. *& cons.* 184. *col. fin. vers. Secundò.* Y no se duda en la potestad de los otorgantes.

41 ¶ Ni se halla palabra en dicha escritura, que se refiera a la fundacion del mayorazgo, y solo se haze mencion della, para la obligacion de ratificarla, ibi: *Nos obligamos de hazer, y otorgar ratificacion, y aprouacion del mayorazgo, y donacion que vos tenemos hecho, y otorgado ante Fernando Ruyz de Porras, escrtuano: es a saber, para que ayades.*

42 ¶ De suerte, que no se necessita conste de donacion, ò fundacion de mayorazgo precedente, segun queda prouado, ni de la ratificacion que se prometiò, como se notarà adelante.

QVE PROCEDIERA LO MISMO, AVNQVE HVVIERA diccion relatiua.

43 Y Quando en la dicha escritura se hallara diccion relatiua (que no la ay) y dixera *segun*, ò *como* se contiene en el mayorazgo, no se necessitara de q̃ constasse del, porque en la misma escritura se refierẽ los bienes, y la forma de suceder: lo qual, demas de lo notado, se cõprueua cõ dos principios juridicos.

44 ¶ El primero en terminos de las dichas dictiones es comun resoluciõ la conclusion del numero precedente, *vt alios referens explicat Cenedo in singula.* 28. *num.* 4. *quem sequit. Barbos. dict. secundum* 358. *num.* 9. ibi: *Sublimitat Cenedo vt non procedat, quando relatio fit per eum, qui circa eam habet potestatem disponendi, nam si constat de eius voluntate, valet dispositio data, quod relatio non verificetur; licèt ad illam relatio facta sit, & deindè sublimitationem intelligit, vt procedat, & sit vera, quando illa dispositio, ad quam facta fuit relatio non reperitur; quia tunc non receditur à dispositione referente, quæ certa est, & cumplur. DD. referens D. Vela, dissertat.* 24. *à num.* 9. *vsque ad* 14.

45 ¶ El segundo fundamento es, que la regla de la *Auth. Si quis in aliquo documento*, procede en la remission condicional, quando por si no es cierta, ni determinada la disposicion de vn instrumento, sin el que refiere.

46 ¶ Mas no en el instrumento que contiene relaciõ casual (como en este caso) que se ha de executar, aunque no conste del instrumento que refiere, *Curia philipic.* 2. *part.* §. 7. *num.* 8. *Auendañ. de censi. cap.* 99. *à num.* 5.

47 ¶ Y que la dicha escritura, quando las palabras (que son de mencion) se impropien a relacion, que no sea condicional, ni necessite de la fundaciõ de mayorazgo, y donacion que menciona, es constante, por todos los exemplos que notan los DD. que tratan el caso que refieren los citados, *& D. Castill. lib.* 4. *controuer. capit.* 43. *Dom. Vela, dissertat.* 24. *num.* 13.

48 ¶ Y expressamente reduziendo, *Dom. Castill. dict. cap.* 43. los casos en q̃ van conformes los DD. (que antes notò *Peregrin. de fidei. art.* 16. *num.* 111.) *en el num.* 30. pone el primero. *Primus casus est, quando dispositio præsens est certa, & determinata, itaut per se subsistere possit, atque ex ea appareat de voluntate loquentis, aut disponentis, & hoc quidem casu stat dispositioni certæ, & determinatæ, quamuis de relata non appareat.*

49 ¶ Y este es el caso de que se trata, pues auiendo dicho los otorgantes, se obligauan a aprouar el mayorazgo, y donacion: prosiguen; es a saber, *para que ayades*

por

por titulo de mayorazgo,&c. Y refirieron a la letra todos los bienes,y linderos,y despues ay clausula,en que para mejor titulo se obligan a ganar confirmacion de los señores Reyes Catolicos,*para que vos,y vuestros descendientes los ayades,y tengades por nombre, y titulo de mayorazgo.* Y assimismo se obligarõ a que no se les pondria impedimento, ni se limitaria la dicha promesa.

50 ¶ Y para el intento se han de notar las palabras:*Es a saber*, donde prosiguieron a referir lo que contenia el mayorazgo , en cuyos terminos procede lo que notablemente notaron *Medicis de regul.iur.reg.relatum stat in referente* 10.*numer.* 70.*in* 2. *summario,fol.* 73.*D.Castill.dict.lib.*4.*cap.*43.*num.*31.*in fine*,ibi· *Si vero dispositio sit de priuata persona,& constat de eius voluntate,vt quia expressit quidquid voluit*: ET INTELLEXIT IN REFERENTE, *& tunc inquit,quòd etiam,si de relato non constet, dispositio valida est.* Y dà la razon : *Quia dictio relatiua non stat per modum conditionis; sed per modum causæ.*

51 ¶ Y supuesto que los otorgantes(de que no se duda)tuvieron potestad, y la voluntad està manifiesta, para que don Iuan(casa 5.) y sus descendientes,gozassen por titulo de mayorazgo los bienes señalados (que son los mismos porque se litiga)no es impedimento el no parecer la fundacion precedente,*Grauet.cons.* 157.*nu.*3. *& cum alijs Medicis,dict.reg.*10.*in princip.num.*8. ibi:*Tertio nota, quod licet relatum non appareat,creditur referenti,in his quæ pendent à voluntate partium, & voluntas apparet explicitè.*

52 ¶ Y aunque la dicha escritura no huuiera referido por menor(como lo hizo)y expressado los bienes del mayorazgo,y donacion,bastarà por mayor,la substãcia, *vt cum alijs notant Cachera.decis.*39.*numer.*4.*Dom.Castill.dict.cap.*43.*num.*34. ibi: *Idque præcipuè quando tenor relati recitatur in scriptura referente.*

53 ¶ Y en relacion a escritura de fundacion de mayorazgo (que no se hallò) *Surdus videndus,conf.*241.*per totum.Et in num.*2.concluye : *Quare cum D. Christophorus in vltima sua dispositione fateatur se relinquisse, & ordinasse, vbi legitur, & velit, dispositionẽ suam sortire effectum, non est quod reuocetur in dubium substantia maioratus.*

54 ¶ *D.Castill.dict.cap.*43.*num.*34.donde refiere a Surdo, ibi : *Quia & si referat se alias in Hispalens. ciuitate disposuisse, nec illud testamentum reperiatur, tamen continebat illud ipsum,quod ibi inquit ordinasse.*

55 ¶ Y la razon que dan es : *Quia super vacua est demostratio si res est certa,l.* 1. *in fin.de dot.prælég.l.si non designata,C.de fals.caus.à dict.l.* y ponderan la *l.si donatio, C. de donat.* que notamos.

PRUEVASE EL CASO EN SUS PROPIOS TERMINOS DE *Capitulaciones matrimoniales.*

56 CON Mayor distincion pone las dichas conclusiones *Molino de ritu nuptia. lib.*3.*quæst.*24 *à num.*281.(a quien los Doctores citados no refieren) y el *num.*297.prueua indiuidualmente el caso deste pleyto.

57 ¶ *Tertia inspectio est quando pater donat in capitulis matrimonialibus,filio, sub pactis & vinculis, contentis in aliquo testamento, vel dispositione, ad quam se refert, si dispositio illa relata non reperitur, hæc autem est certa: vincula, & omnia contenta in hac donatione, perindè sustinentur, ac si dispositio relata appareret, non enim facit conditionem.*

58 ¶ Y se confirma todo lo notado en este caso , con la conclusion que en el puso *Medicis,dict.*1.*part.reg.*10.*num.*8.*fol.*67.ibi:*Quinto nota,quòd quando relatum non reperitur, si actus aliquo alio modo potest valere, valebit ad hoc, vt potius valeat quàm pereat, l.quoties,ff.de reb.dub.Paris.cons.* 135.*numer.* 12.*volum.*4.*Rippa in l.admonendi, ff. de iur.iurand. numer.*36.

AVN-

AVNQVE NO HVVIERA LA DONACION, Y MAYORAZGO QVE SE mencionа en las capitulaciones, quedò fundado en ellas. 5

59 DE Lo que se ha dicho en este caso, queda al parecer con euidencia fundado, que para la validacion de dicha escritura de capitulaciones, y su efecto, no se necessita de que conste de la donacion, y fundacion de mayorazgo que menciona.

60 ¶ Y acrecese, que no solo en el caso de duda (si la auia, ò no) sino quando estuuiera verificado, que no auian los fundadores hecho semejante donacion, y mayorazgo a don Iuan Manuel su hijo (que es lo que los contrarios alegan en las peticiones puestas en la tercera adicion al memorial) solo con auer dicho en las capitulaciones matrimoniales, que la auian hecho, era bastante para que quedasse fundado perfecta, y irreuocablemente.

61 ¶ *Argum. l. in bonæ fidei 37. ff. de peculio*, ibi: *Ego autem arbitror, non solum de peculio conueniri, sed & si quid præterea dolo malo patris capta, fraudataque est mulier.*

62 ¶ *Bald. in l. si Præses 8. C. de donat. num.* 1. ibi: *Si mater æstimare bona faciat, vt inspicientes credant filios ditiores, & sic honorabilius ducant vxores, quamuis ea bona non intelligantur donata filijs, at pro dotis restitutione obligata maneret, quia dolus matris cõsensui æquiparatur*

63 ¶ *Tello in l. 17. Taur. num 72. & 73.* donde lo amplia, para que si la donacion antecedente era reuocable, contraido el matrimonio, quedò irreuocable.

64 ¶ *Dom. Molin. de primog. lib. 4 cap. 2 num.* 18. (donde lo nota en fundacion de mayorazgo) & ibi *Add. Sanchez de matrim. lib. 6. disp. 32. num. 2.* ibi: *Quamuis donatio seu melioratio facta filio, ob causam matrimonij incerti, sit reuocabilis, & si ea facta, filioque matrimoniũ ineunti asserat pater, eum esse melioratum, vt vel sic fœmina ei nubat, vel ampliorem dotem constituat, & hac de causa matrimonium celebretur redi irreuocabilem, licèt filius remittat, vel parentem liberum ab obligatione redat, quia illa patris assertio vim promissionis habuit, & viget eadem causa, ne numerus decepta maneat. Hermos in glos. 1. l. 3 & 4. tit. 4. part 5. num. 27.* De suerte, que en los mismos terminos que los contrarios quieren figurar el caso, quedara perfecta, y irreuocable la disposicion de la escritura de capitulaciones.

PROPONESE EL CASO DE NO AVER EXPRESSA LA APROuacion que se obligaron a hazer los otorgantes.

65 SE Ha fundado, que la escritura de capitulaciones, no necessita de que parezca la que menciona se auia otorgado, ni perjudicara, que se prouasse, no auerla auido, ò que fuesse reuocable, porque con las dichas capitulaciones matrimoniales quedò perfecto, y irreuocable el mayorazgo.

66 ¶ La duda parece queda, si respeto que en la dicha escritura, la primera obligacion es, de otorgar ratificacion, y aprouacion de la donacion, y mayorazgo que mencionaron auer otorgado, y ganar confirmacion de los señores Reyes Catolicos, si el faltar expressas las dichas ratificacion, y confirmacion perjudica.

67 ¶ Y que no obre defecto alguno, y que la escritura de capitulaciones por si sola independientemente obre, hazen euidencia las consideraciones siguiẽtes.

68 ¶ La primera, que no obstante que en las capitulaciones se obligaron los fundadores a aprouar la donacion, y mayorazgo, para que don Iuan su hijo huviesse el lugar de las Cuevas, y bienes que expressan despues en el discurso de la escritura, quedaron obligados desde entonces, a que le serian ciertas, y no se les pondria impedimento, y vsaron de repetidas firmezas, conque no se necessitò de dicha apro-

uacion,y el ofrecimiento se entiende para mayor aumento,ò siendo necessario,mas el omitirse,ò no hazerse legitimamente no viciara la obligacion principal, *l. vnic.§. fin.C. de rei vxor.act.glos.in § serui vers. transibi inst.de libert.Anton.Gom.tom.1.var.cap.12. num.74.D.Salgad.in labyrint part.2.cap.23.num.fin.& latius,cap.17.à num.73.*

69 ¶ La segunda,los otorgantes se obligaron a hazer la dicha aprouacion dentro de seys meses; y aunque por otras clausulas no huuieran (como quedaron) obligados desde luego,el passar el termino obrò la aprouacion, y no se necessitò de otra escritura,*vt circuitus euitetur,Faquin.libr.2.controuer.cap.7.in respons.ad 1. argument. D.Castill.lib.2.controuer.cap.3.Hermosill.in glos.1.l.4.tit 4.num.4.part.5.*

70 ¶ Y en terminos de pacto matrimonial,*Molin.de rit.nupt.libr.3.quæst.8. num.18.*ibi: *Extende hanc communem traditionem notanter, vt si pater faceret donationem, vel pactum promissit intra certum tempus, & si id non fecerit nedum cedente die, sine alia obligatione compeli potest.*

71 ¶ La tercera,porque quando la obligacion no fuera desde entonces, ni huuiera termino,con que en el primer caso no se necessitò de ratificacion, y en el segundo la obrò el passar el termino,como queda notado.

72 ¶ Y si solo fuera vna simple promesa de ratificar, obrara ratificacion por contener toda la subbstancia de el pacto la misma escritura de capitulaciones,sin necessitarse de otra,*Faquin.dict.lib.2.cap.7.*vers. *Quod verò vbi tenet quod pactum contines rem certam, promitens immediatè per eum compeli potest sine alio contractu,vt circuitus euitetur.*

73 ¶ Lo quarto,porque no solo auiendose prometido la aprouacion, mas quando fuera toda la substancia de la donacion,siendo en pactos matrimoniales, no se puede dudar quedaran los fundadores desde luego obligados,en la forma que fuera donar de presente,hazer donacion de futuro,como lo notò,*Fontan.de pact. claus.4. glos.9.part.4.à num.26.& per totum,*donde pone la diferencia deste pacto al de *vendendo,*y otros,en que solo ay recurso al interesse.

74 ¶ Y que la promision de donar sea donacion, se prouò en la alegacion de don Iuan,*num.132.* y demas de los DD que alli se citan con otros,lo tiene,*Hermosill.in glos.1.l.4 tit.4.part.5.à num.3.* y despues de auer referido en el quinto la contraria opinion,cõcluye en el *num 6.& licèt hæc opinio de iure ciuili deffendi posset de iure nostro Regio, cũ ex pacto nudo de donando efficax oriatur obligatio,ex l.2.tit.16.lib.5.Recop.contraria,est verior, & tenenda,vt circuitus euitetur.*

75 ¶ *Quod ante à notauid,Dom.Castill.tom.2.cap.3.num.16.* Y en especie de pactos matrimoniales,*Molino de rit.nupt.lib.3.quæst.8.per totam,*donde pone las doctrinas cõtrarias,y responde cõcluyẽtemẽte,y pondera el fauor del matrimonio *à n.17.*

76 ¶ La quinta,porque no solo en el caso de auer sido la promesa de futuro solo de la ratificacion,si no quando se estendiera a la misma fundacion, y dacion de los bienes,hecha en capitulos matrimoniales,obrara lo mismo que si las palabras fueran de presente,*Boer.decis.61.Auend.in l.44.Taur.glos.16.num.23* ibi: *Quia ea promissio quamuis per verba de futuro concipiatur,idẽ importat,ac si pascicentes de præsenti dixissent,quod hæreditabant nascituros.*

LA ESCRITVRA DE CAPITVLACIONES CONTIENE MEJORA, y fundacion de mayorazgo irreuocables.

77 QVEDA Tratado que la dicha escritura subsiste por si, sin necessitar de la donacion,y fundacion de mayorazgo antecedente,que menciona, ni de la aprouacion subsequente,que se obligaron a hazer los fundadores.

Y assi

Y assi se procede a declarar, que obrá, y contiene la dicha escritura.

78 ¶ Y por ella consta que es mejora del lugar de las Cueuas, y otros bienes, hecha a don Iuan Manuel y sus descendientes, para casar con doña Iuana de Guzman, ibi: *Aliende de la legitima que como a vno de nuestros herederos vos pertenece.*

79 ¶ Con grauamen de mayorazgo, ibi: *Porque vos el dicho don Iuan Manuel nuestro hijo, y vuestros descendientes, los ayades, y tengades por nombre, y titulo de mayorazgo para siempre jamas.*

80 ¶ Y en el vno y otro caso fue irreuocable la dicha escritura en la mejora por la *l.* 17. de Toro, que es la *l.* 1. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recop* ibi: *Si el dicho contracto se huuiere hecho por causa onerosa con otro tercero, assi como por via de casamiento, ò otra semejante.*

81 ¶ En la institucion de mayorazgo, por la *l.* 44. *Taur.* que es, *l.* 4. *tit.* 7. *lib.* 5 *Recop.* ibi: *O si el dicho mayorazgo se huuiere hecho por causa onerosa con otro tercero, assi como por via de casamiento, ò por otra causa semejante.*

82 ¶ Y lo notan todos los DD. del Reyno, sin que en esto cayga duda; solo se ha puesto en caso de ser la mejora, ò fundacion de mayorazgo para contraer matrimonio sin declarar con quien, porque en este caso no interuiene tercero, mas si despues el padre capitula el casamiento con persona cierta, y dize tiene hecha la mejora, queda irreuocable, *Matienç. in l.* 1. *glos.* 8. *num.* 4. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop. Sanchez de matrim. lib.* 6. *disp.* 32. *n.* 2. *Hermosill. in glos.* 1. *l.* 3. *tit.* 4. *part.* 5. *num.* 41.

83 ¶ Mas quando la mejora, y fundacion de mayorazgo se haze (como en este caso) para matrimonio cierto, es constante ser irreuocables, *D. Castill. lib.* 4. *controuer. cap.* 37. *num.* 35. *& lib.* 5. *cap.* 119. *à num.* 12. *vsque ad* 17. donde pondera las dichas *ll.* 17. *&* 44. *Taur.* y en el caso de ellas, *D. Rea decis.* 91. *num.* 5. *Hermosill. in glos.* 1. *l.* 3. *&* 4. *tit.* 4. *part.* 5. *num.* 27. *&* 41. *Noguerol. alleg.* 20. *num.* 118. *Sanch. dict. lib.* 6. *disp.* 32. *n.* 1. los quales refieren los demas del Reyno.

84 ¶ Y muchos en terminos de capitulaciones matrimoniales, y en particular, y latamente, *Molino de rit. nupt. lib.* 3. *quæst.* 6. *à nu.* 23. *Fontanel. de pact. claus.* 4. *glos.* 1. *à num.* 10. y los dos dan la razon de irreuocabilidad, *D. Castill. lib.* 4. *cap.* 37. *num.* 35. *Add. ad D. Molin. videndi lib.* 4. *cap.* 2. *n.* 18. y concluyen: *Vnde si aut matrimoniũ rescindi vnius, nec amborum contrahentium voluntate non potest, ita melioratio, sibe maioratus institutio rescindi non potest, cum pars ipsius matrimonij sit, & hæc omnia communis praxis obserbat.*

85 ¶ Ni para la reuocacion bastara el consentimiento de dõ Iuan Manuel, ni el auer hecho antes, ò despues contra escritura, principalmente siendo el llamamiẽto (como fue) para el susodicho, y sus descendientes, en lo qual cõuienen los DD. *Fontanel. de pact. claus.* 4. *part.* 1. *glos.* 9. *à n.* 5. *Molino dict. lib.* 3. *quæst.* 6. *à n.* 25. *&* 93.

86 ¶ Donde lo amplia en caso de matrimonio cierto, aunq̃ no se hiziesse mencion de descendientes, *Sanch. dict. lib.* 6. *disp.* 32. *à num.* 3. *Hermosill. in glos.* 1. *l.* 3. *tit.* 4. *part.* 5. *num.* 28. *D. Paz de tenut. cap.* 34. *num.* 155. *Add. ad D. Molin. lib.* 4. *cap.* 2. *n.* 73.

QVE PROCEDE LO MISMO DE DERECHO COMVN.

87 DEMAS De que lo referido es sin controuersia de derecho del Reyno, lo mismo procede *de iure communi*, como demas de *Fontan. & Molino vbi proxime*, lo prueua *Cancerio variar. part.* 1. *cap.* 8. *à n.* 33. *Hermosill. in glos.* 4. *l.* 7. *tit.* 4. *part.* 5. *num.* 56. ibi: *Et de iure communi quãdo pater in capitulis matrimonialibus filij sui, donat omnia bona sua, dicto filio, & filijs ex illo matrimonio procreandis, retinendo sibi aliquid ad testandum, ex consensu donantis, & donatarij, ius filijs procreandis ex illo matrimonio non potest auferri, & si pro eis nemo sit stipulatus.*

PONDERASE LA OBLIGACION DE NO REVOCAR.

88 CON Ser irreuocable la dicha escritura por la naturaleza de el contracto de capitulaciones, y la mejora, y mayorazgo que contiene, concurre la obligacion que los fundadores hizierõ de no reuocarlo (que por si sola basta) ibi; *Y de no yr, ni venir contra ello, ni contra parte dello por lo remouer, ni por lo deshazer en juyzio, ni fuera del en tiempo alguno, ni por alguna manera, Ias. cons. 6. num. 6. lib. 1. Mieres 1. part. q 22. num. 273. D. Rea decis. 57. num. 5.* donde lo nota en terminos de igual clausula.

89 ¶ Y que el pacto de no reuocar haga irreuocable el mayorazgo, *D. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 19. & 40. vsque ad 45. D. Castill. lib. 5. cap. 80. nu. 6. D. Rea decis. 57. n. 5. vbi referens complurimos DD. notat magis declarari voluntatem ex pacto de non reuocando, quàm ex traditione rerum, vel instrumenti, & ideò à fortiori irreuocabilitas inducenda.*

REFIERESE EL PLEYTO OMENAGE.

90 POR Otra escritura presentada despues de visto este pleyto, consta que el dicho Gonçalo Ruiz de Leon en el mismo dia despues de otorgada la de capitulaciones, con relacion de ella, estando en la Iglesia mayor de Seuilla (presente el dicho don Alonso de Guzman, con quien auia capitulado) hizo pleyto omenage en forma, de cumplir lo que auia prometido a don Iuan Manuel su hijo, para que casasse con doña Iuana de Guzman, hermana del dicho don Alonso, el qual lo acetò, y pidiò testimonio al esériuano.

91 ¶ De que resulta que quando la donacion y mayorazgo por las causas propuestas no fuera irreuocable, bastara el pleyto omenage, hecho entre nobles, porque no obstante que en la donacion es controuertido si el juramento la haze irreuocable, *vt per Sanch. lib. 1. de matrim. disp. 7. num. 24.*

92 ¶ En el 25. lo entiende en el juramento de no reuocar, porque la donaciõ tiene embeuida la cõdiciõ, *si acceptetur*, y q̃ hasta despues de la aceptacion no obliga el juramento; mas lo contrario es quando absolutamente fue de cumplir alguna cosa como en nuestro caso.

93 ¶ Y que el pleyto omenage obre lo mismo para la obseruãncia, y haga irreuocable la promisiõ, lo notan *Amend. Gail. pract. obseru. lib. 2. obseruat. 59. & 17. cent. 1. Bursat. cons. 306. num. 12 & cons. 304. num. 51. lib. 3. Gratian. discept. tom. 4. cap. 722.* donde refiriendo muchos DD. latissimamente disputa, y resuelve que obra lo mismo el homagio que el juramento, para la validacion de el contracto, aun que no para el perjuro, y pena.

94 ¶ Y en caso de mejora que la haga irreuocable el pleyto omenage, *Peralt. in l. vnum ex familia in princ. num. 23. & 24. D. Ant. de Padilla in l. si quis maior. num. 36. C. de transact.*

95 ¶ Y aunque algunos DD. tienẽ lo cõtrario, que refiere, *D. Solorçan. de indiar. iur. lib. 2. c. 23. à n. 23. en el 26.* concluye, *etiam homagium sub sola fide boni viri, & nobilis promissione conceptum iuramenti vim optinere, præsertim in nobilibus: & posteà vbi quod in viro bono valet argumentum de promimissione ad factum.*

96 ¶ Y los que lleuan la opinion contraria la limitan quando el homagio se refiere a Dios, ò a cosa sagrada, *Gutierr. in repetition. Auth. sacr. puber. num. 149.* y en este caso no ay controuersia, *vt notat D. Solorçan. vbi proximè, num. 25.*

97 ¶ En este caso se ha de ponderar para el intento, y limitacion la circũstancia de la escritura de el pleyto omenage, donde se expressa como se fue a la Iglesia mayor a hazer la promesa, con que interuino implicito juramento, que consiste en

traer

traer por testigo à Dios, y no pudo tener otro fin el ir à su casa, y lugar sagrado, y descubre mas la intencion que el hazer otro qualquiera acto, y a no tocar el referido en religion; antes lo invalidara el hazerlo en la Iglesia.

98 ¶ Y se confirma con ser el otorgante Cauallero, y Comendador de el Orden de Santiago, que por fuero, y costumbre de España: su juramento es el pleyto omenaje.

99 ¶ Tambien se ha notado esta escritura, para mayor cõfirmaciõ dela de capitulaciones, y que se conozca cõ la deliberacion que se hizo, y se trato de su obseruancia, no solo con las clausulas, y firmezas della; sino haziẽdo otra escritura de pleyto omenaje en la Iglesia Mayor, y en presencia de mucho numero de testigos q̃ cita.

EL MAYORAZGO FVNDADO EN DICHA escritura, es regular.

100 ESta conclusion no parece tiene duda, supuesto, que las palabras de la fundacion, y llamamientos, son, *porque vos el dicho don Iuan Manuel nuestro hijo, y vuestros descendientes, los ayades, y tengades por nombre, y titulo de mayorazgo, para siempre jamas.*

101 ¶ De suerte, que se ha de tener por llamado el hijo mayor, y los descẽdientes primogenitos, sin que mientras duraren, pueda hazer transito a transuersales, como se fundò en la alegacion de don Iuan, *à num.* 135. *vsque* 140. y demas de los que alli se citan, lo prouò *Noguerol alleg. 9. à num. 36 in fine, & num.* 43.

102 ¶ Y en terminos de contrato de capitulaciones matrimoniales, en q̃ se dize solo, que los bienes sean de mayorazgo, *Molino de rit. nupt. lib. 5. quæst. 24. per tot. præcipuè num.* 326. donde nota ser sin controuersia en los Reynos de Castilla, y refiere muchos Doctores dellos.

103 ¶ Y en el num. 322. pone por bastante conjectura, *quando pater apponit pactum, quod filius bona donata in legitimam non accipiat, nec in ipsam imputentur.* Que son las mismas palabras que se pusieron en la escritura, ibi: *Aliende de la legitima, que como a vno de nuestros herederos, vos pertenece auer, con los vinculos, y firmezas, y substituciones, que se requieren para la validacion del dicho mayorazgo.* Con que no quedò en las palabras que juzgò por bastantes *Molino*, sino passò a las demas, que no dexan razon de dudar.

104 ¶ El mismo Autor, *dict. lib 3. cap. 23. à num.* 14. lo comprueua, *& in numer.* 15. que no era necessario añadir palabras de llamamientos, ò sustituciones, pues todas las que componen vn mayorazgo regular, *veniunt tamen ex natura, & vi verbi maioratus per instituentem expressi, & id sufficit, vt aliæ omnes vocationes, & substitutiones expressæ dicantur.*

105 ¶ *Dom. Paz de tenuta, cap.* 34. *num.* 155. ibi: *Et ratio solidissima est, nam vt superius constitui, hoc verbum maioratus primogenium regulare significat cum suis perpetuis substitutionibus, ad id inducendum necessarijs.*

106 ¶ Conforme a lo qual, desde el dia de las dichas capitulaciones, el dicho mayorazgo quedò radicado en los fundadores, y despues en don Iuan Manuel, y sus descendientes, como en terminos de pacto matrimonial lo notaron los *Addit. ad Dom. Molin. lib. 1. cap. 1. num. 8. in fine*, ibi: *Inquit, quod ex tali pacto cõcipitur promissio, quæ radicatur in persona promittentis, ex qua acquiritur ius primogenituræ, & resoluit talem primogenituram, ex contractu constitui posse.* Y muy al intento *Hermosill. videndus in glos. 4. l. 7. tit. 4. partit. 5. numer. 56.*

INFIERESE EL DEFECTO DE POTESTAD DE LOS *Fundadores, puesto à numero 19.*

107 DE Lo notado en el discurso del caso propuesto en el num. 19. es constante (a nuestro parecer) que en la escritura de capitulaciones (independiente de otra alguna) quedò fundado mayorazgo perpetuo, y irreuocable, del lugar de las Cueuas, y sus anexos, en los fundadores, mientras viuierõ, y despues en don Iuan Manuel su hijo, y sus descendientes, de mayor en mayor: y no ay duda, que en don Iuan Manuel, que litiga, concurre esta qualidad, a este supuesto se sigue, que es el legitimo sucessor, y que los fundadores, despues no tuvieron potestad para quitarle el derecho que se le adquiriò por las dichas capitulaciones, no solo cõ la clausula puesta en el mayorazgo de Rejujena (que es dudosa) sino aun quando se huviera hecho en la conformidad que los contrarios la quieren figurar.

108 ¶ Este argumento formò, y prouò (en terminos de disposicion perfecta irreuocable, y despues reuocada) *Noguer. alleg. 9. num. 38.* ibi: *Nam ponamus, quod Dom. Iuana de Argaes decesisset, solùm cum mandato, quod reliquit ad instituendum maioratum, vel cum prima fundatione, quam suo nomine fecit Doctor del Campo, nulli poterat esse dubium, quod deficientibus consanguineis, & descendentibus, D. Iuan. Chacon, debebat succedere Martinus Xuarez, vti consanguineus proximior, iuxta legalem substitutionem: ergo in præiudicium istius substitutionis, quæ resultat ex mandato D. Ioannæ, & etiam ex 1. dispositione Doctoris del Campo, alias facere non potuit substitutiones, nec primò factas reuocare.*

109 ¶ La razon es, que siendo irreuocable la dicha escritura de capitulaciones, y regular el mayorazgo en ella fundado, no pudieron despues los fundadores poner nueuas condiciones, ò alterar, ò modificar las puestas, *arg. l. perfecta donatio, C. de donat. quæ sub mod.*

110 ¶ Y en terminos de las *ll. 17. & 44. de Toro*, de mejora, ò mayorazgo, hecho con tercero, en caso de matrimonio, refiriendo muchos *DD. dom. Castill. lib. 3. controuers. cap. 10. à num. 6. Hermosill. in glos. 1. l. 8. tit. 4. part. 5. num. 1. Noguer. allegat. 20. à num. 118. Addit. ad Dom. Molin. lib. 1. cap 9. num. 37.*

111 ¶ En caso de capitulaciones matrimoniales *Molino dict. lib. 3. de rit. nupt. quæst. 6. per tot. præcipuè à num. 35. Sanch. de matrim. lib. 6. disp. 32. num. 3.*

112 ¶ *Mier. 1. part. quæst. 22. à num. 32.* y los demas DD. del Reyno, y estrangeros que refiere *Molin. dict. lib. 3. quæst. 6. à num. 28.* lo amplian para que proceda, aunq̃ no se ayan llamado expressamente los hijos, y descendientes de aquel matrimonio, y que basta la presumpcion, y el reputarse por causa final.

113 ¶ Y en el num. 33. que no se pudiera hazer la reuocacion, ò alteracion de los pactos matrimoniales, aunque consintierã doña Iuana de Guzman, y D. Iuan Manuel primero llamado, que no obrara en perjuyzio de sus descendientes, ò alguno dellos, *Fontanell. de pact. claus. 4. glos. 1. à num. 18. & glos. 9. à num. 5.*

114 ¶ Y no se necessita de las disposiciones de derecho en comun, quãdo se halla expressa en la escritura de capitulaciones, ibi: *NI LO LIMITAREMOS, NI AMENGVAREMOS.* Y auiendo de suceder por ella el descendiente mayor, la condicion de excluyrlo, si sucedia en otro mayorazgo, es limitarlo, como es euidẽte, y se comprouarà adelante.

REPLI-

REPLICAS DE LA INFORMACION EN DERECHO de Don Pedro Manuel.

115 EN La informacion en derecho de don Francisco Manuel, no se tratò del caso de la dicha escritura de capitulaciones; en la de don Pedro Manuel, auiendose opuesto (sin detenerse, ni tocar los puntos que se han tratado) se pretendiò salir breuemente de la dificultad, y despues de auerse dado traslado de las informaciones en derecho por las partes, se han presentado peticiones, con diferentes alegaciones, de que en particular se tratarà en este papel (despues de fenecida la comprouacion de los defectos de potestad propuestos) Y porque para el intento, y progresso de lo discurrido, ha de ser a proposito lo que se responde a lo opuesto en la informacion de don Pedro Manuel, se trata en este lugar.

116 ¶ Tratò la materia desde el n 264. y la oposiciõ la reduxo a dos razones.

117 ¶ La primera, que la promesa de los fundadores en dicha escritura, fue de otorgar ratificacion, y aprouacion del mayorazgo de las Cuevas, y ganar confirmacion de los señores Reyes catolicos, sin que dixessen, que no auia de poder poner los grauamenes que les pareciesse: y que esto fue lo que cumplieron en la fundacion q̃ hizieron del dicho mayorazgo ante el mismo escriuano, en 26. de Mayo de 1491.

118 ¶ Ni el derecho lo prohibe, antes permite a los padres, en el mayorazgo de tercio, y quinto, llamar al hijo, ò hija, y poner condiciones, *Con tanto, que lo hagan entre sus descendientes, ex l. 27. Tauri.*

119 ¶ Y que en virtud de la Real facultad que prometieron ganar, lo pudieron hazer con mayor extension.

120 ¶ La segunda, que el caso de preuenir los fundadores, que juntandose el mayorazgo de Rejujena con el de las Cueuas, aquel quedasse en el hijo mayor, y este en el segundo, no fue perjudicar a los descẽdientes de don Iuan Manuel, en cuyo fauor capitularon, sino mirando a su mayor vtil, y que no se ha de atender a que por los accidentes de los tiempos sea de menos renta el de Rejujena.

RESPONDESE A LA PRIMERA RAZON.

121 LO Primero, que concedido el presupuesto, de que lo que se obligaron los fundadores en la escritura de capitulaciones, lo cumplieron en la fundacion de el mayorazgo de las Cueuas, que otorgaron despues ante el mismo escriuano.

122 ¶ No se infiere la consequencia que se saca por parte de don Pedro (de que en dicha fundacion se excluye don Iuan, que litiga, del mayorazgo de las Cueuas, por auerse juntado con el de Rejujena) antes lo contrario, pues en la fundacion del mayorazgo de las Cuevas, no se halla clausula que impida el juntarse con el de Rejujena (en que no cae duda.)

123 ¶ Antes la legitima consequencia del antecedente, puesto en la replica contraria, es, que ha de suceder don Iuan por el llamamiento expresso que tiene en dicha segunda fundacion del mayorazgo de las Cuevas.

124 ¶ Y quando los contrarios pretendan saluar la dicha proposicion con dezir, que obrò lo mismo ponerse la clausula que ocasionò este pleyto, en el mayorazgo de Rejujena, que en el de las Cuevas (demas de lo que en esto se dirà quando se trate del segundo defecto de potestad) para el intento que se trata, se responde.

125 ¶ Que la obligacion de los fundadores (como della consta, y se reconoce en la replica) fue de ratificar el mayorazgo de las Cuevas, y que la ratificacion

fue la fundacion de 26. de Mayo, auiendo la especial del mismo mayorazgo, no se puede dudar se verificasse en ella, y aunque se impropien la sustancia, y palabras de la disposicion, se entienda la relacion a la fundacion del de Rejujena (que fue diferente en bienes, y escritura) que aunque no huviera otra, no se verificara en ella.

126 ¶ Lo segundo, porque la clausula puesta en el mayorazgo de Rejujena, no pudo alterar la fundacion regular antecedente, del de las Cuevas, que quedò irreuocable desde la escritura de capitulaciones, como queda notado.

127 ¶ Y aunque esta perfeccion la recibiera quando llegasse el caso de la aprouacion, que los fundadores se obligaron a hazer (que los contrarios quieren es la fundacion de 26. de Mayo) en estos terminos procediera lo mismo, pues no obstante, que ambos mayorazgos se otorgaron en el dicho dia, y antes el de Rejugena, este quedò reuocable hasta la muerte de los fundadores, por las *ll. 17. y 44. de Toro*, y por clausula particular del (por la reserva que dexaron los fundadores de mudar, y variar) y assi quedara reuocada la dicha clausula, por lo dispuesto despues en la fundacion del de las Cueuas, y en su perjuyzio no obrò cosa alguna la confirmacion que sobreuino al de Rejujena, por la Real facultad, y muerte de los fundadores, contra el derecho adquirido a los descendientes de don Iuan Manuel primero llamado, como queda fundado, *& probatur ex latè congestis à Dom. Salgado in labyrint. 2. part. cap. 10. à numer. 61. & per totum.*

128 ¶ Lo tercero, porque la facultad libre de los padres, cōforme a la *l. 27. de Toro, y todos los Doctores* que se citan en la alegacion de don Pedro, *num.* 267. procede quando tienen libre potestad, mas no en el caso deste pleyto, en que los fundadores, por la escritura de capitulaciones, estauā obligados a hazer mayorazgo regular.

129 ¶ Lo quarto, porque lo capitulado en dicha escritura, fue, que auia de suceder en el mayorazgo de las Cuevas don Iuan primero llamado, y sus descendientes (que se entiende de mayor en mayor) y no fuera cumplir esto, poner clausula, para que en el caso que ha sucedido (qual se pretende) se excluyera el primogenito, ni los fundadores tuvieron potestad *Tiraquell. de primogen. quæst. 8. num. 5. vbi tenet quod si in tabulis nuptialibus, & in ipso contractu matrimonij, pater, vel alius donauit hæreditatem filio contemplatione matrimonij, eo in casu non posse alios ad successionem vocare in præiudicium primogeniti, cuius quæsitum fuit in illa priori conditione.* Cuyas palabras refiere, y sigue *Molino de ritu nuptiar. lib. 3. quæst. 6. num. 35.* Y fue doctrina de *Paulo de Castro, consil. 164. numer. 6. versic. Sed nos loquimur.* Que es notable consejo en el mayorazgo que fundò en Seuilla Perafan de Ribera, y escriuiò segun el fuero de España, y succession de el Reyno, conforme a la ley de Partida, a quien sigue *Philipus Decio, consil. 468. à numer. 27. & consil. 496. numer.* 19. donde ponderan muchos textos.

130 ¶ Lo quinto, porque lo referido, no solo procede en los particulares, sino tambien en su Magestad, que si haze donacion a alguno, para efecto de casar, para el donatario, y sus descendientes, no podrà despues por otro contrato perjudicar al primogenito, *Paulus de Castro, in dict. cons. 165 um. 1. part. 2. & Decius vbi proximè.*

131 ¶ Lo sexto, porque el dicho presupuesto, que se haze en la alegacion de don Pedro, *num.* 266. (de que los fundadores en las capitulaciones no prometierō el no poner grauamenes) no es cierto, y se conuence por la escritura, ibi: *Ni lo limitaremos, ni amenguaremos*, y por otras muchas clausulas della, se obligaron a la obseruancia de todo lo capitulado.

132 Y por la naturaleza del contracto quedaron obligados a no alterarlo,

Y la

133 ¶ Y la aprouacion que se obligaron a hazer, no fue para poner nueuas condiciones que mudassen la naturaleza del mayorazgo, si no para la confirmació, ibi: *Es a saber, para q̃ ayades despues de nuestras vidas por nombre, y titulo de mayorazgo*, y despues, *ni pueda impedir el efecto de lo que dicho es, ni cosa alguna dello*; y adelante, *y guardar, y cumplir todo quanto en esta carta se dize, y cada cosa, y parte dello.*

134 ¶ Y vsaron de clausula derogatoria de lo hecho, ò que adelante hiziessen, y pusieron pena de 2U. castellanos de oro a fauor de don Iuan su hijo, y otros tantos al de doña Iuana de Guzman, y don Alonso su hermano con quien auia estipulado.

135 ¶ Y era necessario que expressamente los fundadores reservaran (que no reservaron) en las capitulaciones facultad para mudar los llamamientos, y hazer mayorazgo irregular, *l.17 Taur. & ibi Gomez Arias, num.48. & alios referens, Hermosill. in glos 1. l.3. tit.4. num.47. & glos. 1. l.8. tit.4. num.1. part.5. D. Paz de tenut. videndus, cap.34. à num.117. D. Castill. lib.4. controuer. cap.36. à num.31.*

136 ¶ Lo septimo, porque las dichas palabras solo miran a la institucion, y confirmacion del dicho mayorazgo, y otras para su aumento, ibi: *Y mas, que entren en el dicho mayorazgo otros qualesquiera bienes rayzes, que nos oy dia tenemos en la ciudad de Cordoua, y sus terminos.*

137 ¶ Y assi no fuera hazer lo que prometieron (sino lo contrario) el excluyr el hijo mayor, y el que tiene comission para vn acto, hazer otro, es contra la regla de la *l. hoc legatum, ff. de legat.3.* Y al intento notò este, y otros fundamentos *Dom. Paz dict. cap.34. à numer.126.*

138 ¶ Y prosigue numer. 133. *Decimò, quia cum potestas data sit instituẽdi maioratum, si substitutiones irregulares admitteremus, contra naturam maioratus esset, cum hoc verbum maioratus, comprehendere tantum posset substitutiones eas, quæ ex eo resultant, hæc autem regulares sunt.* Y refiere a Anton. Gom. Dom. Molin. Sesse, & alios.

139 ¶ Lo octauo, porque no fuera executar lo que prometieron los fundadores el poner la clausula de excluyr al hijo mayor, no solo en los terminos de la escritura de capitulaciones, si no tambien en caso que a las palabras della, *para que vos don Iuan Manuel nuestro fijo, y vuestros descendientes los ayades por nombre, y titulo de mayorazgo*, acrecieran, reservando en nos el elegir vno de vuestros hijos, ò hijas, no pudieran excluyr al hijo mayor, ni hazer mayorazgo irregular, *D. Paz de tenut. videndus, cap.34. à num.117. vsque ad* 141. donde lo comprueua con doze fundamentos.

140 ¶ Y en el num. 116. propuesta la question la resuelve: *Qua in re securè dicẽdum censeo, solum regulare primogenium absque irregularibus vocationibus, & substitutionibus à coniuge institui posse.* Y aunque esta conclusion prueua la nuestra en caso mas fuerte, los fundamentos, y razones que refiere, *D. Paz*, la manifiestan mas en terminos.

141 ¶ Y aunque *D. Castill. lib.4. controuer. cap.36. à num.31.* disputa, si el que tiene facultad, ò comissiõ para fundar mayorazgo, lo podrà hazer irregular, y auiẽdo referido los fundamẽtos *D. Paz*, resuelve, q̃ podrà elegir al menor, y remoto, dexando al mayor y mas propinquo, no es necessario disputar cerca de la dicha resolucion.

142 ¶ Porque no perjudica a nuestro intento, pues el caso de *D. Castill.* fue de libre facultad que pone, *num.*46 ibi: *E todo lo que el quisiere, è por bien tuuiere entre los dichos nuestros hijos, segun, y como mejor le pareciere, y en la forma que quisiere, como si los dichos bienes fueran propios suyos.* Y es el potissimo fundamento de que se vale.

143 ¶ Mas faltando la dicha libre facultad (como en nuestro caso falta) cõ

 cluye,

cluye, *num.* 67. 68. & 71. *Dum verò, ipse D. Christophorus de Paz subdit eodem, num.* 117. *cum ergò prædictum mandatum, & commissio fuisset maioratum instituendi de maioratu regulari, interpretari debet, & ita opinari Grego. Ant. Gomez, Couarr. Padill. Molin. & Rosenth. Egomet ipse libenter aßentio, placito eidem, ex commissione, & mandato ita simplici, alio vero statui supra propter cómissionem illam in amplissima forma, & verbi[illegible] [illegible] vniuersalibus conceßam, supr. num.* 46.

144 ¶ Y la opinion de *D. Paz*, sigue *Noguer. alleg.* 9. *à num.* 72. Y este caso es fuera de controuersia, pues en el no solo falta amplissima facultad, mas no ay alguna, ni palabra que la induzga, antes coartadas, y de necessidad, ibi: *Y nos obligamos de hazer y otorgar.*

PROPONESE LA RESOLVCION EN TERMINOS DESTE CASO.

145 LO Nono, porque quando los fundadores huuieran reservado facultad en las capitulaciones para fundar el mayorazgo, no fuera executarla (si no exceder) poner condicion en que excluyera al que fuesse posseedor, ò sucessor de otro, *Micres, 1. part. quæst* 48. *num.* 68. *in 2. edict. Noguer. alleg.* 9. *num.* 72 *vbi resoluit; maritum virtute facultatis vxoris suæ ad maioratum instituendum, clausalam pœnalem adhibere non poße, in qua descendentes excludat, casu quo sint alterius maioratus successores, cum hic maioratus sit irregularis.*

146 ¶ Y la dicha razon (que sola conuence) se comprueua con lo que en el mismo intento escriuiò *D. Paz dict. cap.* 34. *à num.* 133.

147 ¶ Y siendo el llamado don Iuan, que litiga, por las capitulaciones, fuera especie de exeredació quitarlo de su lugar, para admitir su hermano segũdo, y qualquiera comision (no siendo expressa) no se puede extender a esto, *contra dispositionem iuris*: assi argumentò, y lo fundò al proposito *D. Paz dict. cap.* 34. *num.* 134.

RESPONDESE A LA OPOSICION DE LA REAL FACVLTAD.

148 YA Lo que propuso para confirmacion la parte de don Pedro Manuel, *num.* 268. de que nos opusimos, *num.* 119. de que los fundadores pudieron obrar con mayor extension en virtud de la Real facultad, para conuencimiento de toda la oposicion, no es necessario mas de ver los DD. que cita.

149 ¶ Es *D. Castill* (que refiere los demas) *lib.* 4. *cap.* 36. *à num.* 46. ibi: *Quod scilicèt ad maioratum instituendũ liberam habens facultatem, & comissionem ab eo, qui ex Regia facultate illum instituere poterat, & à maioratus successione fœminas excludere, eadem habeat potestatẽ, quam habebat ipse committens; sicque irregularem, & extraordinarium maioratum potest efficere.* Cõ que se conoce la diuersidad deste caso al que se trata, que notò *D. Castill.* en el mismo *cap.* que se refiriò *supr. num.* 143.

AMPLIASE LA OPOSICION, Y SE RESPONDE.

150 EN Las peticiones presentadas por parte de don Pedro, y don Francisco, puestas en la tercera adicion al memorial, buelven a ponderar la facultad del año de 1473. y que conforme a ella pudieron variar, y hazer mayorazgo irregular, y poner la clausula en el mayorazgo de Rejugena.

151 ¶ Y mas se puede dezir, que en la fundacion de el mayorazgo de las Cuevas de 26. de Mayo de 1491. hecha en virtud de dicha facultad, reservaron los fundadores el mudar, y poner condiciones, y que esta se aprouò a la letra por los señores Reyes Catolicos el año de 1500. y que assi en conformidad de dicha facultad, y de la *l.* 44. *de Toro*, valiò la condicion puesta en el mayorazgo de Rejugena, el qual tambien se confirmò por Real facultad de el mismo año de 1500. A que se responde.

Que

152 ¶ Que en las dichas replicas se procede con equiuocacion por parte de don Pedro, y don Francisco, porque se dirigen a fundar, que en virtud de la facultad del año de 1473. y con la reserua que hizieron en las fundaciones de los mayorazgos de 26. de Mayo, y confirmaciones Reales del año de 1500. pudieron hazer mayorazgo irregular, y poner la dicha clausula: lo qual, para el intento que se trata en este punto, no se niega; sino que pudiesse obrar contra la disposicion de la escritura de capitulaciones, en la qual no se hizo mencion de facultad antecedente, ni que en virtud della se auia fundado el mayorazgo, que se obligaron a aprouar, ni reseruaron los fundadores el poner, ò quitar condiciones, y la facultad que prometieron ganar, solo fue para que tuviessen los llamados mejor titulo, de que se infieren las razones siguientes (que con euidencia desuanecen toda la oposicion.)

153 ¶ La primera, que no importa que los fundadores tuuiessen la facultad del año de 1473. y que las capitulaciones fuessen el año de 1490. pues no vsaron, ni hizieron mencion della; y en duda se presume no auer vsado, *Dom. Molin. lib. 2. cap. 2. à n. 13.* Et ibi Add. *D. Cast. lib. 5. tom. 6. cap. 145. num. 32.*

154 ¶ La segunda, quando mencionaran la facultad, y vsaran della, auiendo sido la fundacion en las escrituras de capitulaciones por via de casamiento, quedò irreuocable, *ex l. 44. Tauri*, y se dixo à num. 77.

155 ¶ La tercera, aunque faltara la causa onerosa, el derecho de reuocar concedido a los padres por la dicha ley, y por Real facultad, es renunciable, *latè Mieres de maior. 1. part. quæst. 38 per totam, Auendañ. in dict. l. 44. glos. 19 num. 2* ibi: *Ego autem considerabam posse instituentem, renuntiando facultati huius reseruationis potestatem reuocandi maioratum à se abdicare, Pat. Molin de iust. tom. 3. tract. 2. disp. 587. num. 2. Monet. de commun. vlt. vol. cap. 6. num. 424. Dom. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 78. & 79. &* ibi *Addit.*

156 ¶ Los quales en el vers. *Et hinc est, cum Mieres*, notan, que no obstante la potestad de reuocar el mayorazgo, competa por facultad Real, y tambien por la ley 44. de Toro, renunciando la vna, es visto renunciar la otra.

157 ¶ Y en la escritura de capitulaciones se renunciò todo, ibi: *Y renunciamos toda ley, y todo fuero, y todo derecho, y todo ordinamento, y estatuto, y constitucion, y priuilegio viejo, ò nueuo, Real, ò Concegil, &c.* Y prosiguen, y mas adelante lo duplicā en otras dos clausulas, con la ley que prohibe la general renunciacion, y la que hizieron, fue en la mas amplia forma que se estila.

158 ¶ La quarta, en la escritura de capitulaciones se obligaron los fundadores a auer por firme, y no reuocar el mayorazgo (como della cōsta) y se ponderò à num. 88. y esto obra por si lo mismo que expressa renunciacion de la dicha facultad Real, y de la que dà la ley 44. de Toro, *Gutierr. lib. 2. pract. quæst. 77. in fine, vers. Ad vero precedens, Addit. ad Dom. Molin dict. lib. 4. num. 68. vers Suis superaddendum.*

159 ¶ Conque no se puede hazer fundamento para la dicha oposicion, en qualquiera facultad precedente a las capitulaciones.

160 ¶ La quinta, porque no es de consideracion, que despues de cinco meses, los fundadores en el mayorazgo de Rejugena (vsando de la facultad de el año de 473) pusiessen la dicha clausula, y en el mismo dia, en el de las Cuevas reservassen facultad de poner, y quitar condiciones, porque esto auia de ser en la misma escritura de capitulaciones, *Non ex interuallo, ex dict. l 44. Taur.* ibi: *O que al tiempo que le hizo, el que le instituyò reseruasse en la escritura que hizo el dicho mayorazgo, poder para lo reuocar.*

161 ¶ Y en ella *Auendañ. in glos. 20.* ibi: *Unde, si ex interuallo in alia scriptura, quā insti-*

institutionis maioratus ea reseruatio fiat, nequaquam nostra l. procederet, tam ex verbis clars ipsi, quam ex iure, mente, & constitutionibus, cum statim cum maioratus instituitur irreuocabiliter, ius nai tis, & nasciturìs acquiratur successoribus ita firmum, & incommutabile, quod, neque per Principem auelli possit, neque ex voluntate instituentis, aut primi instituti, ab eis auferri, & consequenter, neque reseruatio in alia scriptura postea facta, præiuditium eis possit irrogare. Lo mismo tuvo *Matienç. in d. l. glos. 10. tit. 6. lib. 5. Recop.* que satisfaze a toda la oposicion.

162 ¶ La sexta, porque en la forma, que por las segundas escrituras de fundaciones de los dos mayorazgos, no se pudo hazer reserua de poder reuocar, en perjuyzio de derecho adquirido por las capitulaciones, no obrò cosa alguna el auerse confirmado por los señores Reyes Catolicos, aunque las condiciones se huvieran puesto de voluntad de don Iuan Manuel, y doña Iuana de Guzman su muger (en cuyo fauor se capitulaò) como lo prouò Auendañ. citado en el numero precedente, *& cum Dom. Couarr. Pinel. Burg de Paz, Mier. Matienç. Dom. Molin. & alijs,* lo resuelve *Dom. Paz de tenut. cap. 34. nu. 155. col. 8. fol. 431.* ibi: *Ordini vero successiuo maioratus regul. r. s præiudicari nequit, ex assensu primo vocatorum, etiam si simul Regius assensus interueniat.*

163 ¶ Y despues en el mismo *cap. in fol. 437.* lo amplian. *Etiam si Rex de plenitudine potestatis prædictam facultatem tribuat, Sanch. de matrim. lib. 6. disputat. 32. numer. 3. & 4. Domin. Castill. lib. 3. capit. 10. numer. 3.*

164 ¶ Y la razon es. *Quia Rex successionem maioratus, etiam in spe, tollere non potest Dom. Castill. lib. 5. cap. 106. à num. 148. Dom. Rea decis. 8. num. 52.*

165 ¶ La septima, porque en los terminos que se trata, los pactos puestos en capitulaciones matrimoniales no se pueden alterar, ò reuocar, *ex interuallo, Surdo, cons. 113. num. 2. & 3. Gratian. discept. tom. 2. cap. 308. à num. 14. Ponte videndus, cons. 9. num. 33. Molfes. in Const. Neapol. part. 6. quæst. 2. ex num. 19. Fontanel. de pactis, claus. 5. glos. 10. part. 1. nu. 5.* Y dà la razon, *videnda in dict. claus. 5. glos. 8. part. 12. num. 56. & 57. & seqq. Molin. de rit. lib. 3. quæst. 7. à num. 21. & per totam.*

166 ¶ A la razon segunda de la oposicion hecha por don Pedro, que se refiriò num. [illegible]. (de que la clausula puesta en el mayorazgo de Rejugena, no fue en perjuyzio de don Iuan Manuel, ni sus descendientes, porque entonces aquel mayorazgo era de mas renta) no se responde, porque es razon de congruencia, y no quita, ni dà potestad, y se reserua para la segunda parte, en que se trata de conjeturar la voluntad de los fundadores.

SVPONENSE OTROS CASOS.

167 DEsde el num. 29. se ha fundado, que la dicha escritura de capitulaciones contiene fundacion irreuocable de mayorazgo regular, y que no necessita para su validacion, que aya parecido la que menciona, ni que los fundadores hizieran la aprouacion a que se obligaron. Y porque alli propusimos referir los demas casos que se pueden suponer, se notan los siguientes, y lo que en ellos obrara la escritura de capitulaciones.

PRESVPONESE VERIFICADO EL CASO, QVE SE mencionò en las capitulaciones.

168 ESte se puede figurar, suponiendo, que la donacion, y fundacion del marazgo, que los fundadores dixeron tener hecha en fauor de don Iuan Manuel su hijo, es la del mayorazgo de las Cuevas, que despues otorgaron ante Fernan Ruyz de Porras, escriuano, en 26. de Mayo de 1491.

169 ¶ Se puede induzir de hallar otorgadas en el dicho dia las dos escritu-

ras

ras de los mayorazgos de las Cueuas, y Rejugeña, con tãtas clausulas, y̅ escrito, que necessitò de muchos dias su disposicion, y pues las capitulaciones se auian otorgado cinco meses antes, es verosimil, que entonces estuuiera escrito el dicho mayorazgo de las Cueuas en el registro del escriuano, y ser el que mencionaron auer (*otorgado*) (qne esta palabra no prueua auer passado a contrato.

170 ¶ Y se confirma con los terminos de que vsaron los fundadores, ibi: *Y nos obligamos de hazer, y otorgar ratificacion por contrato publico. que vos tenemos hecho, y otorgado por ante Fernan Ruyz de Porras, escriuano.*

171 ¶ Donde se han de notar lar palabras, *por contrato publico*; luego antes no lo estaua? Y quando mencionaron lo antecedente, no vsan de las palabras, *contrato publico*, sino, *que vos tenemos hecho, y otorgado, idest*, prometido, y consentido se escribiesse sin auer llegado *a contrato publico.*

172 ¶ Y si estuviera otorgada, y reduzida a contrato publico, siendo de tãta calidad, y ante el mismo escriuano, se citara en la escritura de capitulaciones el dia del otorgamiento (que no se citò.)

173 ¶ Tambien, auiendose hecho la escritura del pleyto omenage, para obseruancia de las capitulaciones, si estuviera perfecta la de fundacion del mayorazgo, no se dexara de mencionar en ella.

174 ¶ Y si damos por escritura de ratificacion la de la fundacion de 26. de Mayo (como se dirà desde el numero siguiente) se infiere, que estaua escrita antes de las capitulaciones, y por no trasladarla, no se hizo relacion della, ò por otros fines, que se pueden considerar.

175 ¶ Hazen comprouacion las consideraciones comunes, para que se interpreten las clausulas de suerte, que se verifiquen las enũciaciones, y no se dè defecto.

NOTASE POR CASO DE APROVACION.

176 LA Ratificacion, y aprouacion que en la escritura de capitulaciones se obligaron a hazer los fundadores, se dize por parte de don Pedro, y D. Francisco Manuel, en las peticiones puestas en la tercera adicion, y por don Pedro en su *alleg. à num*, 264. que es la dicha fundacion de el mayorazgo de las Cuevas, hecha en 26. de Mayo. Y este presupuesto, porq̃ no lo varié, se comprueua.

177 ¶ *Tum*, por ser los mismos bienes, y llamamientos, y para en fin de los dias de los fundadores, que es lo mismo que capitularon.

178 ¶ *Tum*, por auerse otorgado dentro de los seys meses, a que se obligaron por las capitulaciones, y tambien por vn pleyto omenage, que en aquellos tiempos, y vn tan gran Cauallero como el fundador, no auia de faltar a el cumplimiento: y aunque pudiera auer otra causa, *actus, qui ex duplici causa fieri potest, refertur ad causam necessariam, & ex illa præsumitur factus, Dom. Castillo lib. 5. cap. 113. num. 13. & seqq.*

179 ¶ *Tum, quia factum quid præsumitur, ex causa, qua fieri debeat, Surdus consil. 174. num. 26. lib. 2. & decis. 15. nu. 12. D. Cast. vbi proxime num. 12.*

180 ¶ *Tum*, porque no solo en el dicho caso de obligacion necessaria, sino quando los fundadores huvieran reseruado en su fauor (disponiendo despues de los mismos bienes) se entiende en virtud de la facultad reseruada, aunque no se haga mencion della, *ex latè traditis à D. Castill. dict. cap. 113. per totum.*

181 ¶ *Tum*, porque en la escritura de capitulaciones, los fundadores se obligaron a ratificar la donacion, y mayorazgo (y para que don Iuan su hijo lo huuiesse con mejor titulo) à ganar confirmacion de los señores Reyes Catolicos, y esto fue lo que

que cumplieron en la que ganaron en 30. de Abril de 1450. en que se insertò la fundacion del mayorazgo de las Cuevas, y por los fundamentos notados en los numeros precedentes: la confirmacion se ha de entender hecha en virtud dela promesa de las capitulaciones: y lo mismo en la fundacion en ella inserta.

EN QUALQUIERA DE LOS DOS CASOS puestos, num. 168. & 176. no pudo ser excluydo Don Iuan Manuel (que litiga.)

182 ESta proposicion se prueua cõ lo que notamos por constante *supra numer.* 15. de que conforme la fundacion del mayorazgo de las Cuevas, es el legitimo llamado, y sucessor dicho don Iuan, y esta se confirmò separadamente por los señores Reyes Catolicos, y la clausula que los contrarios pretenden le obsta, no està en la dicha fundacion, sino en la del mayorazgo de Rejugena.

183 ¶ Y suponiendo que la escritura de fundacion de el mayorazgo de las Cuevas al tiempo de las capitulaciones estaua simple (que es el caso del num. 168. de que se trata) quedò por ellas aprouada, y reduzida a contracto irreuocable, hecho por via de casamiento, *quia primogenium potest institui in cedula absque subscriptione si fundator in alia scriptura ad quam se referat D. Molina, libr. 2. cap. 8. num. 11. & ibi Addition. Mieres 2. part. quest. 48. num. 219. P. Molina de iust. & iur. disp. 600. num. 5. & faciunt tradita à Gratian. lib. 3. discept. cap. 551. n. 7. & 8. & tom. 4. cap. 605. à n. 35.*

184 ¶ Y siendo este contrato cinco meses antes, y el mayorazgo regular, no quedò a los fundadores potestad para poderlo despues hazer irregular.

185 ¶ Lo mismo procede en el dicho caso puesto num. 176. pues teniẽdose la escritura de fundacion del mayorazgo de las Cuevas de 26. de Mayo, por la aprouacion que los Fundadores se obligaron a hazer en las capitulaciones (siendo esta de contracto irreuocable) tambien lo quedò la que en virtud de ella se hizo: *Quia referens est in ipso relato cum omnibus suis qualitatibus, ex regula l. asse toto, ff. de hæred. inst. Peregri. de fideicom. art. 16. à n. 2. Menoch. consil. 847. n. 3.*

PONDERASE LO QUE OBRO LA CONFIRMACION REAL.

186 DElla resulta argumento, que parece concluye necessariamente, y es, si el mismo dia de la escritura de capitulaciones se huuiera hecho la aprouacion de el mayorazgo de las Cuevas, y ganado la confirmacion de los señores Reyes Catolicos, siendo como fue regular, y irreuocable (como queda fundado) no pudieran despues los Fundadores hazerlo irregular.

187 ¶ La dicha fundacion, y confirmacion se retrotrae al dia de la escritura de capitulaciones.

188 ¶ Luego cinco meses despues que fue la fundacion de el mayorazgo de Rejugena, ni en ella, ni en otro contracto pudieron los Fundadores alterar la naturaleza del dicho mayorazgo de las Cuevas, haziendolo irregular?

189 ¶ Solo falta que prouar la menor, puesta num. 187. que la hazen euidente los verdaderos principios en la materia de retrotraccion en los contractos, y lo es, que los Fundadores se obligaron, y sus bienes, a hazer la aprouacion, y ganar la facultad, para que don Iuan su hijo huviesse por titulo de mayorazgo el lugar de las Cueuas, y lo demas que contiene la escritura de capitulaciones; y assi desde el dia del otorgamiento quedaron obligados, y se retrotrae a el la aprouacion, y confirmacion posterior, *ex regul. l. 1. & qui valneum 9. l. potior 12. §. videamus, ff. qui potio. in pigno. habe. & ex tradit. à Carleual. de iudic. tom. 2. lib. 1. tit. 3. disput. 18. numer. 23. Domin. Salgad. in labyrint. capit. 20. part. 2.*

190 ¶ Y no solo en el dicho caso (de quedar la aprouacion, y confirmacio debaxo de obligacion precisa de hazerla y ganarla) si no quando se huuieran puesto debaxo de condicion el cumplimiento della, se retrotrae; para lo qual era bastante la obligacion, que hizieron los fundadores, *l. si filius familias, & ibi Imm. & Cuman. de verb. obligat. l. 1. & Lutius, ff. qui potior. in pign. habe. Mantic. de contract. lib. 11. tit. 23. n. 29. & lib. 14 tom. 2. tit. 46. à num. 19. D. Salgad. dict. 2. p. labyrint. cap. 20. nu. 13.* ibi: *At verò quando tali est contractus, qui vel vtramque partem, vel alteram tantum ad stringat; tum tempus quo celebratur contractus inspicitur: quia quocumque conditio impleatur retrotraitur ad illius initium.*

191 ¶ Y auiendose obligado los fundadores en las capitulaciones a que los dichos bienes serian ciertos a don Iuan Manuel, y sus descendientes por via de mayorazgo, quando las palabras, *para que ayades despues de nuestros dias*, como miran solo al termino de començar fueran condicionales; tambien llegando la condicion cō la muerte de los fundadores, se retrotraxeran al dia de la escritura, desuerte que no obstante que en el medio tiempo los fundadores huuieran dispuesto de otra forma de los bienes, y entregadolos, no perjudicaran a don Iuan, y sus descendientes, y fuera nula qualquiera disposicion, *l. 1. vbi Bart. l. qui valneum vbi Val. ff. qui potio. in pign. hab.* Y refiriendo otros textos, y DD. *Dom. Salg. in labyrint. part. 2. cap. 20. num. 20. fol. 540.*

TRATASE DE EL SEGVNDO DEFECTO DE POTESTAD que se puso, numer. 21.

192 EN Este se procede aprouar que los fundadores quando faltara la escritura de capitulaciones, y tuuieran la potestad (que les faltò) para disponer libremente, no la executaron al tiempo de las fundaciones de los mayorazgos de 22. de mayo de 491. y assi la clausula puesta en el mayorazgo de Rejugena (entendida, como se pretende por parte de don Pedro, y don Francisco) no puede alterar la forma de suceder (dada por diferente escritura) en el mayorazgo de las Cuevas, por las consideraciones siguientes.

193 ¶ La primera, es auerse de regular la incompatibilidad de dos mayorazgos, conforme a las clausulas de la fundacion de cada vno; y assi solo se ha de atender al de las Cuevas (que es por quien se litiga) *D. Castill. lib. 5. controuer. cap. 180. num. 5.* ibi: *Idque sibe ex vnius dumtaxat maioratus institutione incompatibilitas, & concursus, aut coniuntionis prohibitio procedat, sibe ex vnius, & alterius dispositione simul cum vnusquisque, suis legibus præceptis, & conditionibus Regi, & gubernari debeat, nec vnus per alium damnum aut detrimentū, & minus derogationem patiatur.*

194 ¶ La segunda, porque las fundaciones de los dichos dos mayorazgos (cōtinuando el presupuesto de que faltasse la escritura de capitulaciones) aūque fuessen reuocables conforme la *l. 44. de Toro*, y la reserva que hizieron (no auiendolas reuocado los fundadores) quedaron por su fin y muerte contractos irreuocables, *Dom. Molin. de prim. lib. 1. cap 11. à n. 7. D. Castill. de vsufruct. cap. 29. nu. 22. D. Salgad. in labyrint. part. 2. cap. 19 num. 4.*

195 ¶ Y assi cada vno se ha de gouernar por sus condiciones y llamamiētos, porque cada fundacion es vn contracto, y conuencion separado, y indiuisible, *arg. l. 2. §. 1. ff. de locut. l. fin. ff. de condict. ob causam. Surdus decis. 33. ex num. 4. & cons. 104. à n. 4 lib. 1. Barbos. in tract. de pension. quæst. 1. ex num. 20. Gratian. discept. cap. 301. n. 57. & cap. 742.* Y en la fundacion del mayorazgo de las Cueuas es literal el llamamiento de dō Iuan (que litiga) como se ha repetido.

PRO-

PROPONESE OBJECCION, Y SE RESPONDE.

196 LA tercera, porque no obsta, si se opusiere, que lo referido pudiera proceder en mayorazgos, hechos por diferentes fundadores, mas no en este caso, que fuerō vnos dueños de los bienes, y que fue antes la fundacion del de Rejugena donde se puso la clausula, y assi grauaron con ella los bienes, y llamados.

197 ¶ A que se responde, que la replica procediera quando las fundaciones se huuieran hecho por institucion de herederos.

198 ¶ Mas no quando se hizieron de diferentes bienes, y ciertos, que aunque huuieran sido en vna escritura, no estuuieran obligados los llamados en vn mayorazgo a cumplir lo contenido en el otro (no solo por la regla que prohibe la repeticion de diferentes clausulas y contractos) si no porque en el dicho caso no passan en los llamados las acciones actiuas, ni passiuas, ni las personales al singular sucessor: *Bonus text. & ibi glos. in l. 1. §. si hæres præcepto, ff. ad Trebel. l. si fideicommissum, §. tractatum, ff. de leg. 2. l. quoties, ff. de hæred. instit. D. Molin. lib. 1. cap. 10. num. 10.*

199 ¶ Y procede aunque los mayorazgos no se huuieran fundado por donacion y contracto, si no por vltima voluntad, en que no se puede dar la herencia (ò por tercera especie entre contracto, y vltima volūtad q̄ exemplificò en fundaciones de mayorazgo, *D. Molin. lib. 1. cap. 12. num. 13. & 29.* Et ibi Add.) como *D. Molin. lib. 1. cap. 10. à num. 6.* lo notò poniendo la diferencia en los mayorazgos fundados, *de cota hæreditatis, aut de cota bonorum,* para el passar las acciones.

200 ¶ Y no ay razon que para el intento obre diuersidad, en ser vnos, ò diferentes los fundadores, y se comprueua con los casos de las consideraciones siguiētes (aunque son del punto principal que se trata.)

201 ¶ La quarta, porque quando se diga (como los contrarios pretendē) que en la dicha clausula del mayorazgo de Rejugena en el caso de juntarse con el de las Cueuas, suceda el primogenito en el de Rejugena, y el segundo en el de las Cueuas, solo se puede inferir, que el hijo mayor tiene llamamiento a el mayorazgo de Rejugena, y que en su fundacion pudieron hazerlo, y disponerlo a su voluntad los fundadores.

202 ¶ Mas no que auiendo los mismos llamado tambien al primogenito en la fundacion del mayorazgo de las Cueuas, que de priuado desta sucession, y passe al hijo segundo; para lo qual era necessario (aunque fuera vna sola la disposiciō) que los fundadores passaran a dezir expressamente, que si el primogenito no aceptaua el mayorazgo de Rejugena, no pudiesse suceder en el de las Cueuas, no solo en el caso de dos mayorazgos, ò legados, si no delegado, y herencia, ò mejora, *l. qui filiabus, §. filium, l. sequent ff. de leg. 1 l. cum responso, C. de lega. l. 2. tit. 9. part. 6. l. 21. Taur.*

203 ¶ Porque entendida la clausula puesta en el mayorazgo de Rejugena, como se pretende, por don Pedro y don Francisco, y el posseerlo don Iuan no impide que pueda obtener, y pedir el de las Cueuas, que por si no tiene incompatibilidad, pues el posseer mayorazgo, ò beneficio, que no se puede juntar con otro, no cōtradize el conseguir el segundo, si no la retencion de el primero, es texto expresso el *cap. commissa. de electiō. in 6. Lotero de re. benefic. lib. 3. q. 23. à num. 17.*

204 ¶ Y lo que se opone (por vno de los principales fundamentos de don Pedro, y don Francisco) de que procediera lo referido antes de tomar don Iuan la possessiõ del mayorazgo de Rejugena, mas no despues, porque dizen se hizo incapaz del de las Cueuas.

Es

205 ¶ Es confundir los terminos; y los text. y DD. (de que se valen) hablan en mayorazgos, y beneficios incompatibles, el vno y el otro, y no estamos en estos, si no en los de la conclusion juridica, puesta en el numero precedente de no tener incompatibilidad el mayorazgo de las Cueuas (como es llano) y se explicarà mas en la segunda parte, donde se trata el punto.

OTRO CASO EN EL DICHO SEGVNDO DEFECTO DE POTESTAD.

206 EN Los precedentes se ha procedido en el presupuesto, de no auer, ò no obrar, la escritura de capitulaciones; y este se ha de proponer en los terminos della, y de la respuesta que se diò por don Pedro Manuel en su alegacion, num. *266.* de que los fundadores no se obligaron a no poner grauamen, y q̃ assi pudieron llamar al hijo segundo en el caso de juntarse ambos mayorazgos, a q̃ se respondiò *supr. à num.* 131.

207 ¶ Mas en el dicho presupuesto contrario de quedar a los fundadores potestad, contuuiera (la forma con que vsaron della) el defecto de que se trata.

208 ¶ Pues quando los fundadores pudieran poner grauamenes, y llamar en el mayorazgo de las Cueuas los hijos segundos de don Iuan (primero llamado) no lo dispusieron, mas antes lo hizieron regular (como del consta) y està notado, en que consumieron la facultad, y quedò irreuocable (como queda referido.)

209 ¶ Y el auer puesto la clausula que llaman de incompatibilidad en el mayorazgo de Rejugena, no obrara cosa alguna en qualquiera de dos tiempos que se pueden considerar.

210 ¶ El primero, teniẽdo por anterior la aprouacion, que los fundadores se obligaron a hazer por escritura publica en la de capitulaciones, y que fue la del mayorazgo de las Cuevas, que en este caso quedò perfecta, y se retrotruxo a el tiempo de las capitulaciones, como se dixo a num. 189. y la condicion puesta despues de cinco meses no pudo perjudicar.

211 ¶ El segundo tiempo es, no considerandose la dicha retrotracion, si no que no obstante que las dos fundaciones fueron en vn dia, fue antecedente la de Rejugena. Por ser este mayorazgo en fauor de hijo reuocable (como lo dispone la l. 44. de Toro.) y en ella, *Auend glos. 3. num 2. & 3. D. Rea decis. 57. à nu. 1. Narbon. de ætate à num. 25. quæst. 20. num. 10.*

212 ¶ Auiendo despues disposicion especial del mayorazgo de las Cueuas con llamamiento expresso de los primogenitos descendientes de don Iuan (primero llamado) y que en defecto de su sucession passasse a los de D. Francisco su hermano, y solo en este caso dispuso que el mayorazgo de las Cueuas passasse al hijo segundo; es conclusion sin controuersia que el mayorazgo reuocable, y clausulas de el se reuocan por otra disposicion posterior de los mismos bienes, y bastan conjecturas, *Peralt. in l. 3. §. qui fideicommissariam, num. 124 ff. de hæred. inst. D Molina lib. 1. cap. 10. num. 11 D. Castill. de vsufruct. cap. 39. à nu. 21. D. Salgad. in labyrint. 2. part. cap. 19. num. 12.* Y en este caso no fue la disposicion posterior solo de los bienes, si no tambien en lo especial de juntarse los dos mayorazgos.

213 ¶ Y se confirma con que las fundaciones de los dichos dos mayorazgos, hechas en 26. de Mayo de 1491. las aprouaron los señores Reyes Catolicos en dos diferentes cedulas, y la de las Cueuas fue anterior en 30. de Abril de 1500. años, y quedò perfecto, y irreuocable, como se dixo numer. 185. desde el dia de las capitulaciones.

214 ¶ Y assi en perjuyzio del derecho adquirido alos primogenitos, no pudo obrar la clausula puesta en el mayorazgo de Rejugena, que se confirmò despues en dos de Mayo de 1500. como consta de las confirmaciones puestas en la adicion tercera, fol. 30. (que se ha de notar para conocer, y euitar la equiuocacion con que se procede por parte de don Francisco Manuel) que en la peticion que se puso en dicha adicion, fol. 22. vers. *Y porque*, alega que fue vna la confirmacion de ambos mayorazgos, y saca algunas inferencias (que se desvanecen faltando el dicho presupuesto.)

215 ¶ Y por el contrario el mayorazgo de las Cueuas gozò los preuilegios de irreuocable en la vida de los mismos fundadores, y posseyeron con el mismo derecho, y titulo que los sucessores; y assi aquellos no pudieron perjudicar a estos, *latè, D. Paz de tenut. cap. 25. à num. 6.*

NVEVAS OPOSICIONES POR PARTE DE DON PEDRO, y don Francisco Manuel.

216 DEMAS De lo que se opuso por don Pedro Manuel en su alegacion, a que se respondiò supra à numer. 115. despues de auerse mandado dar traslado de las informaciones en derecho, se presentaron por parte de don Pedro, y don Francisco diferentes peticiones (que se pusieron en la tercera adicion del memorial) alegando contra la escritura de capitulaciones, y con distincion se referiràn las oposiciones, y lo que se responde.

OPOSICION PRIMERA DE LAS PETICIONES.

217 QVE La escritura de capitulaciones no es autentica, sino traslado de traslado, no ajustado con el protocolo, ni del archiuo de Simancas, donde se sacaron las fundaciones de los mayorazgos.

218 ¶ Respondese que la dicha escritura es autentica, y se manifiesta con dos principios llanos en derecho.

219 ¶ El vno que se sacò de la escritura original que està en el pleyto, que el escriuano refiere, y en virtud de Real prouision, y citacion de las partes, como se dize en la tercera adiccion, fol. 8. B. num. 5. y assi el traslado haze fee, aunque no sea del protocolo, *l. 114. tit. 18. part. 3. & ibi D. Greg. glos. 6. Cur. Philip. 1. part. §. 17. num. 31.*

220 ¶ El otro es el estar la dicha escritura (de que se sacò la presentada) en vn pleyto antiguo, el qual se reputa por protocolo, y el traslado que se saca por original, y haze fee, *Bart. in Auth. si quis in aliquo documento, C. de edend. in princ. D. Couarr. in practic. cap. 21. num. 6. & alios referens, D. Paz de tenut. cap. 26. à num. 60.* Y que en virtud de este instrumento se puede intentar, y dar la tenuta, y possession.

221 ¶ El no auerse sacado del archiuo de Simancas, claro està no es requisito para el caso.

SEGVNDA OPOSICION.

222 ES Dezir que no se ha vsado en tiempo alguno de la escritura de capitulaciones. A que se responde.

223 ¶ Que quando fuera cierto, no obstara; pues de los autos consta que hasta el estado presente no auia llegado el caso de necessitar de ella, ni ha auido acto contrario, y aun quando lo huuiera, pareciendo despues instrumento lo anulara.

224 ¶ Y menos necessitò de insertarse en la fundacion, y confirmacion de los mayorazgos, pues todo fue en execucion de dicha escritura, y assi se presume como se dixo supr. num. 176.

225 ¶ Demas de que se vsò de dicha escritura para los efectos que se ofrecieron

cieron en execucion de la obligacion que hizieron los fundadores, y las escrituras de dote de doña Iuana de Guzman, y arras, y la repeticion de ellas, y otras que se refierẽ en la tercera adiccion. 14

TERCERA OPOSICION.

226 CONTIENE Que la dicha escritura de capitulaciones no se presentò en tiempo, ni con los requisitos de las leyes del Reyno.

227 ¶ Satisfacese con q̃ no obstante en lo regular, las escrituras se hã de presentar con la demanda, ò peticion de excepciones, la practica està en contrario; y se admiten, *vsque ad conclusionem causæ ex dispositione iuris, cap. cum dilectus de fide instrum.*

228 ¶ Y despues hasta la sentencia en todos los Reynos que se ha de juzgar; *veritate inspecta* (como en estos) *Garauit. in Ritu. 238. in fi. & 239. Viuius. in opinio. 385. num. 2. part. 1. & decis. 235. num. 8. & 9. Caro. de Tapia in 3. tom. fol. 118. Horacio Viscont. in cõclus. iur.* verb. *instrumenta, fol. 123.*

229 ¶ Y asi se practican las *ll. 1. tit. 2. & 1. & 2. tit. 5. lib. 4. Recop.* con el juramento de que antes no pudieron ser auidos los instrumentos, *D. Couarr. in pract. c. 20. num. 8. Curia Philip. 1. part. §. 16. num. 32. Rodrig. de exam. proce. cap. 8. num. 19.*

230 ¶ Y que los dichos instrumentos se pueden presentar, no solo en la primera, si no tambien en la segunda instancia hasta la sentencia, es expressa la *l. 3. tit. 9. lib. 4. Recop. & ibi Azeued. & in l. 1. tit. 3. n. 5. eod. lib.*

231 ¶ Y aunque fuera para prouar los mismos articulos de la primera instancia, ò directamente contrarios, *glos. in Auth. qui semel.* verb. *productione, C. de probat. & cũ alijs Petrus Barbos. in l. diuortio, §. fin. part. 2. n. 65. ff. solut. matrim. & cũ Azeued. Narbon. in glos. 5. l. 33. tit. 11. lib. 2. Recop. num. 4.*

232 ¶ Y no necessitò don Iuan Manuel de presentar la dicha escritura en el juyzio possessorio, ni con la demanda, porque en la de fundacion del mayorazgo de las Cuevas tiene particular llamamiento, que es el fundamento principal (que los contrarios pretenden excluyr con la clausula del mayorazgo de Regujena) y esta excepcion se ha impugnado por diferentes medios, y vltimamente con la dicha escritura de capitulaciones, y aunque antes huuiera alegado lo contrario, se auia de admitir en segunda instancia (como queda fundado) y asi aun en lo regular la dicha escritura no se auia de presentar con la demãda pues es para excluyr la excepciõ opuesta por los contrarios.

233 ¶ Y se sale de duda con que la presentacion, y reproduccion fue en el termino de la prueua.

QVARTA OPOSICION.

234 SE Alega por don Pedro, y don Francisco que la dicha escritura la presentò don Iuan para vn efecto de congruencia del valor de los mayorazgos, y que asi no se hizo reparo, ni contradicion, ni se puede vsar de ella para fundamento de la justicia principal. A que se responde.

235 ¶ Que solo con auer presentado el instrumento por parte de don Iuã, fue visto deduzir, y oponer la accion, ò excepcion que del resulta, *D. Salgad. in labyrint. fol. 635. num. 18. part. 3. cap. 1.*

236 ¶ Y no quedò solo en dichos terminos, si no que la presentacion fue en quanto es en su fauor, *memor. fol. 18. B.*

237 ¶ Y despues se reproduxo expressamente para q̃ constasse que los fundadores no tuuieron potestad para excluyr al primogenito de el mayorazgo de las

Cueuas

Cuevas, y se diò traslado, y se acusò rebeldia, 3. *addic. al memorial, en el marg. del f.* 10

238 ¶ Lo qual, y el no auer opuesto en el termino que los contrarios tuvieron quando se les diò traslado, cosa alguna fue visto consentir las dichas alegaciones de don Iuan, *Alphan. in Auth. Si quis in aliquo documento, num.* 59. ibi: *Quod si facta exhibitione instrumenti, seu libri, videtur, & pars nihil opponit tunc approbare videtur, idem tenet alios DD. referens Horat. Viscont. in conclus. iur. verb. Instrumenta, fol.* 124.

239 ¶ Y se confirma conque en lo judicial, *qui tacet, consentire videtur*, sino replica en termino, *l.* 1. *& ibi Bart. C. de relation. Petr. Barbos. in l. diuortio, §. ob donationes, numer.* 14. *in medio, Mastrill. decis.* 157. *num.* 25. *& cum alijs Dom. Salgad. in labyrint.* 3. *part. cap.* 2 *num.* 69. ibi: *Et ideo si pars citatur ad dicendum contra iura, & instrumenta producta, & nihil proponat, intra terminum assignatum, ad opponendum censetur tacitè illa approuasse.*

240 ¶ De forma, que lo que se ha opuesto despues de visto el pleyto, y dadose traslado de las informaciones, no obsta por auer passado el termino que tuvieron los dichos don Francisco, y don Pedro quando se les diò traslado, y se acusò la rebeldia, conque se excluye todo lo que en esta parte alegan contra la fee, y efectos de la escritura de capitulaciones.

QVINTA OPOSICION QVE MIRA A LA SVSTANCIA de dicha escritura.

241 DIzese por parte de don Pedro, y don Francisco, que no consta interuiniessen en la escritura de capitulaciones don Iuan Manuel, ni D. Iuana de Guzman su muger, por quien se capitulò, ni que la aceptassen, a que se satisfaze.

242 ¶ Lo primero, conque no obstante, que la donacion hecha al hijo absente, era reuocable, no procede siendo (como en este caso) por causa de matrimonio, porque no solo es valido, sino irreuocable, *Tello in l.* 17. *Taur. nu.* 71. ibi: *Itaque donatio, ob causam matrimonij, sit pars contractus dotis, hoc est, vt ad dotem constituendam, vel matrimonium contrahendum moti fuerunt parentes filiæ, eam tradere nubtui, & dotem constituere. Hoc casu donatio est irreuocabilis, etiam quantumcumque fiat FILIO ABSENTI, quod reputo singulare, quem sequitur Sanchez de matrim. lib.* 6. *disp.* 32. *num.* 1.

243 ¶ Lo segundo, porque la aceptacion (aunque estuvieramos en caso de sola donacion) se requiere respeto de los contrayentes (que fueron los fundadores, y don Alonso de Guzman) mas no de don Iuan Manuel, y doña Iuana de Guzman, en cuyo fauor se hizo la promesa, *Hermos. in gl.* 1. *l.* 4. *tit.* 4. *part.* 5. *nu.* 23. *D. Rea decis.* 91. *nu.* 5. *&* 16. *& per totam, D Salgad. in labyrint. fol.* 571. *part.* 2. *cap.* 23. *à num.* 55.

244 ¶ Y se adquiriò derecho, no solo a don Iuan Manuel, y a doña Iuana de Guzman su muger, sino tambien a todos sus descendiẽtes, de forma, que aunque consintieran los contrayentes, y el primero llamado, no pudieran perjudicar a los sucessores, *latè Molin. de rit. nuptiar. lib.* 3. *quæst.* 7. *num.* 18.

245 ¶ Lo tercero, porque la disposicion que de derecho comun huvo, para que al ausente no se adquiriesse derecho del contracto hecho entre otros, no procedia en los pactos matrimoniales, como con *Hermos. & alijs* se fundò, num. 87.

246 ¶ Lo quarto, porque no solo en el caso de donaciõ, ò mayorazgo de matrimonio cierto (que desde luego quedò irreuocable, como se dixo *supra à num.* 83.) sino general, auiendose contraido despues el matrimonio, quedara perfecta, y irreuocable, porq̃ basta, q̃ el tercero interuẽga despues, *D. Molin. lib.* 4. *ca.* 2. *n.* 18. *Et ibi Add.* y se fundò *supr. num.* 64.

Lo quin-

247 ¶ Lo quinto, porque de derecho del Reyno (aunque no estuuieramos en terminos de pactos matrimoniales) puede stipular vno por otro, y se adquiere derecho irreuocable al ausente, como refiriendo los demas que tratan la question, lo resuelue Dom. Salgad. *in labyrint. 2. part. cap. 26. à num. 57.*

248 ¶ Lo sexto, porque no entra en este caso la duda, si de derecho de el Reyno se requiere, ò no, acceptacion en la donacion (que disputan refiriendo los demas DD. *Dom. Castill. lib. 4. controuers. cap. 37. ex num. 39. & tom. 5. cap. 80. ex numer. 9. & tom. 6. cap. 150. & 153. Dom. Rea decis. 91. Hermos. in glos. 1. l. 4. tit. 4. part. 5. à num. 12. Dom. Salgad. in labyrint. à num. 59.*) pues no es solo donacion; sino contracto oneroso por via de casamiento, como se dize *in l. 17. Taur.* En el qual no es necessario la presencia de el hijo, como se dixo *supr. à nu. 241.*

249 ¶ Ni la aceptacion, pues la controuersia no passa del contracto de donacion, q̃ en los demas, los DD. de ambas opiniones conuienen, que de derecho de el Reyno, no es necessario la aceptacion, *Hermosill. in l. 7. tit. 4. part. 5. glos. 4. numer. 18. Dom. Rea decis. 91. num. 13. & per totam, Dom. Salgad. in labyr. 2. p. c. 26. à n. 65.*

250 ¶ Y auiendose hecho la promessa a don Alonso de Guzman en su presencia (con quien capitularon los fundadores) no quedò en terminos de promision, y passò a pacto, aunque no huuiesse palabras; porque la presencia induze consentimiento, *l. 1. §. si quis ita, ff. de verbor. obligat.* Et ibi Glos. *verb. annuisse. Molino de rit. nupt. lib. 1. cap. 3. numero 77.*

251 ¶ Lo septimo, porque la opinion que tiene, que en la donacion (*etiam de iure Regio*) se requiere aceptacion, se limita quando consta, que el donante quiso desde luego quedar obligado, *Hermosill. in glosa 1. l. 4. tit. 4. lib. 5. num. 27. in fine.* Y los fundadores manifestaron esta voluntad, y se obligaron desde luego (como consta de la escritura.)

252 ¶ Lo octauo, porque quando se estuuiera en caso de donacion, y que se requiera acceptacion, la huvo.

253 ¶ Por estar presente don Alonso de Guzman con quien se capitulò, ibi: *Y nos obligamos de pagar, y pechar a vos el dicho don Alfon de Guzman, hermano de la dicha doña Iuana de Guzman, que estades presente al otorgamiento.*

254 ¶ Y siendo el contrayente don Alonso de Guzman, con estar presente, y callar, se prueua la aceptacion, *Additionat. ad Dom. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 76. D. Salg. in labyrint. 3. part. c. 2. n. 78.*

255 ¶ Demas de que en la escritura de pleyto omenage (que hizo el fundador, de cumplir lo capitulado) lo pidiò por testimonio el dicho don Alonso de Guzman.

256 ¶ Y la dicha presencia la prueua plenamente la dicha mencion de la escritura de capitulaciones, *l. optimam. C. de contrahend. & committ. stipulat.* Y en terminos de donacion *Dom. Couarr. in Rubric. de testam. 3. part. nu. 13. vers. Verum, Sanch. de matrim. lib. 1. disp. 6. num. 11. & cum alijs Fontanell. videndus, claus. 4. glos. 8. à num. 23. Hermosill. in glosa 1. l. 4. tit. 4. part. 5. num. 17.*

257 ¶ Y no quedò en terminos de presencia, y callar: antes por la misma escritura de capitulaciones consta, que el dicho Alonso de Guzman prometiò a doña Iuana de Guzman su hermana, quinientas mil marauedis de dote, ibi: *Y monten*

ten las quinientas mil marauedis del dote que recibiereis con la dicha doña Iuana, de que le hizo manda el dicho don Alonso su hermano.

EXCLVYESSE OTRA REPLICA.

258 EN Las peticiones pueſtas en la tercera adiciõ ſe pretende por dõ Frãciſco y don Pedro deſuanecer el fundamento q̃ ſe notò *ſupra a nu.* 254. de auer pedido don Alonſo de Guzman por teſtimonio el pleyto omenage que el fundador hizo, valenſe de las palabras para guarda de ſu derecho, infiriendo, que fue por lo que le tocò a lo capitulado en ſu caſamiento, y no de ſu hermana.

259 ¶ A que ſe reſponde, que baſtara para la aceptacion la preſencia, y callar, como queda fundado; y el auer capitulado por ſu hermana, y prometido la dote.

260 ¶ Y demas deſto, ſe deſuanece la dicha replica, con que en el pleyto omenage ſe expreſſaron las capitulaciones de ambos matrimonios: y el pedir el teſtimonio don Alõſo de Guzman, fue de todo, ibi: *Y de todo eſto, y como paſsò, el dicho don Alõſo de Guzman, dixo, que pedia, y pidiò a mi el eſcriuano, q̃ ſe lo dieſſe aſsi por teſtimonio, para guarda de ſu derecho*, y claro eſtà lo adquiriò por lo capitulado para el caſamiẽto de ſu hermana.

261 ¶ Lo nono, porque los fundadores hizieron la promeſſa a Don Iuan Manuel ſu hijo con eſtas palabras: *Que eſtays auſente, como ſi eſtuuierades preſente.* Y aſsi entra la diſpoſicion de la *l* 2.*tit.* 16.*lib.* 5. *Recop.* q̃ queda obligado como ſe quiſo obligar.

262 ¶ Conque cõcurriò la aceptacion de don Alonſo de Guzman, que era baſtante, como particular, quanto mas contrayente por ſu hermana, *Azeuedo in dict.l.*2.*numer.* 30.

263 ¶ Y aun de derecho comun, la ſtipulaciõ hecha por el eſcriuano, *pro omnibus abſentibus*, ſe adquiria derecho a los auſentes, *Auguſtin. Barboſ.clauſ.* 105. donde refiere los DD. que tratan la queſtion.

264 ¶ Lo dezimo, porque en los terminos de donacion para la aceptaciõ, no es neceſſario la preſencia del donatario; ſino ſolo la ciẽcia, y noticia della, ſin otro acto poſitiuo, *Auendañ de exequen part.* 2.*cap.* 1 *numer.* 2.*Theſaur.deciſ.* 70.*num.* 12. *Fontan. de pact clauſ.*4.*gloſ.*8.*à num.* 27.*Nouario videndus, deciſ.* 212. donde prueua, no ſe neceſſita de aceptacion, ni ratificacion expreſſa, y que baſtan conjeturas, y preſumciones, donde refiere muchas de ſeñores Doctores.

265 ¶ Y quando por ſi no baſtara la preſencia, y capitulaciones cõ don Alõſo de Guzman, y ſe neceſsitara de ciencia de don Iuan Manuel, como ſe puede dudar la tuvieſſe de las capitulaciones, y de lo demas que fue en ſu fauor? como lo nota *idem Nouar. dict. deciſ.* 212.*num.* 1.*&* 2.*Rota, deciſ.* 262 *n* 6.*part.* 1.*in recent.*

266 ¶ Y eſtàn preſentadas muchas eſcrituras (de que ſe haze mencion en la tercera adicion) hechas por don Iuan, y doña Iuana de Guzman ſu muger, de dote, y Arras, y otros contratos, en cumplimiento de la de capitulaciones: y aunque fue el año de 1494. es baſtante, pues no conſta, que antes, ò deſpues la reuocaſsen los fundadores.

267 ¶ Lo vndecimo, porque deſde ſu otorgamiento, las capitulaciones matrimoniales ſon irreuocables, y ſe tienen por aceptadas, *Fontanel. de pact. clauſ.* 5 *gloſ.* 8 *part.* 12.*num.* 57. (Y da la razon, que no ſe puede dudar es cierta) ibi: *Ac etiam, quia (vt dicebat Robertus loco citato) tabulæ nuptiales, præſentibus, propinquis, & amicis conficiũtur, qui conuocari ſolent, vt pactis dotalibus, & ſolemnitate nuptiarum præſentes adſint, afinitati legem dicãt,* omnia

omniaque maturo consilio, prudentia, & authoritate sua moderentur; quod ergò in tam celebri cœtu, vno omnium propinquorum consensu, & consilio placuit, decet perpetuum esse, neque aliquo pactu infringi posse. Franquis decis. 205. Griuel. decis. 48.

268 ¶ Y como dixo *Fontanel. vbi proximè num. 56. quia fortasis, & verisimilitèr matrimonium aliàs non fuisset sequutum.*

SEXTA OPOSICION.

269 EN Las peticiones presentadas por parte de don Francisco, y don Pedro Manuel despues de visto el pleyto (puestas en la tercera adicion num. 19 & 23.) se alegò, que don Iuan Manuel, y doña Iuana de Guzman casarõ el año de 1494 tres despues de las fundaciones de los mayorazgos, infiriẽdo de aqui que en el medio tiempo, desde las capitulaciones, hasta el casamiento, pudieron los fundadores alterar la disposicion dellas.

270 ¶ Y pretende confirmar esto con vn testimonio presentado por parte de don Francisco (que se notò en la tercera adicion num. 20.) por donde se dize, que se alegò por parte de doña Iuana de Guzman, en el pleyto de la repeticion de la dote, año de 1542. que estuvo casada 48. años. Y que en la escritura de 4. de Março de 1501. (puesta en la nueua adicion, fol. 38. B.) declarò don Iuan Manuel (casa 4.) ser mayor de 22. años, y menor de 25. en el concierto que el susodicho, y don Francisco su hermano, hizieron con doña Iuana Manuel su madre; conforme a lo qual no pudo tener edad don Iuan para casar el año de 1491 como se capitulò.

271 ¶ A que se responde, que las escrituras de constitucion de dote, y Arras (en que se funda la oposicion) otorgadas por don Iuan Manuel, a fauor de doña Iuana de Guzman su muger, en 11. de Enero de 1494. (que està en la tercera adicion numer. 13. y 14.) no prueuan, que el dicho año se celebrò el matrimonio, solo, que estauan casados; y esto no excluye fue dentro de el termino que se capitulò: antes comprueua la presuncion que se notò à num. 178. de que el acto se hizo en el termino, que se obligaron.

272 ¶ Y la confirmacion no tiene fundamento; pues el que se haze en la alegacion de vn Procurador, de que auia 48. años el casamiento, se desvanece conque consecutiuamente alegò, que auia tenido matrimonio, asi en Cordoua, como en Seuilla, mas tiempo de 48. años (que no excluyò viuiessen mas en otros lugares), que aquellos que expressaron, para el articulo, que se trataua, si auia de lleuar bienes ganãciales, respeto del fuero de Cordoua, donde no los ay. Y tãbien se auian de acrecer los años de la viudez.

273 ¶ Y haze euidencia (para que huvo mas tiempo) la misma escritura del año de 1494. de que se valen; pues consta estaua casado don Iuan, quando constituyò el dote, y Arras; y por lo menos auia de tener 14. años, y cargando 48. que passaron desde el de 1494. hasta el de 1542. (en que se hizo la alegacion) auia por lo menos mas de 62. años el casamiento.

274 Y el mismo tiempo, y mas; resulta computando la escritura de 4. de Março de 1501. (en que se funda la oposicion) donde declarò don Iuan ser mayor de 22. años, y menor de 25. y dize don Francisco es mayor; y juntos solo los 25. con 41. que van desde el año de 1501. hasta el de 1542. que se hizo la alegacion, eran por lo menos 66. años de casamiento, sin lo antecedente al nacimiento de D. Francisco.

Y por

275 ¶ Y por la escritura, el dezir, mayor de 22. y menor de 25. años, inclu ye todo el tiempo intermedio. Y por la escritura de la donacion de las azeñas de Ezija (presentada por los contrarios, puesta en la tercera adicion, num. 21.) que hizo doña Iuana Manuel a don Iuan su hijo, en 27. de Iulio de 1501. consta, que en 23. de Agosto de èl, tomò la possession dellas Fernando de Vaena, con poder de don Iuã, (que para darlo sin curador, auia de ser mayor de 25. años) de suerte, que se colige los cumpliò en los quatro meses, y medio, que passaron desde 4. de Março (que declarò era mayor de 22. y menor de 25. años) hasta el dicho dia 13. de Agosto, que diò poder como mayor; y segun este computo, por el año de 1491. era mayor de 14. don Iuan, y capaz para contraer matrimonio, y si no lo fuera, no se capitulara en la escritura año de 1490. por Diziembre, que dentro de tres meses se auia de contraer el matrimonio.

276 ¶ Y se sale de duda, con que en la facultad que los fundadores ganarõ, para hazer mayorazgo, hizierõ relaciõ de q̃ tenia hijos, y hijas; y es cõstante solo fuerõ varones don Frãcisco, y dõ Iuan, y conforme a lo referido, estauan nacidos en 28. de Nouiẽbre de 1473. años (que se despachò la facultad) conque por el año de 1491. era mayor de 16. años.

277 ¶ Y concurre, que no puede ser de sustancia la dicha replica; porque la escritura de capitulaciones, y su disposicion, fue irreuocable desde su otorgamiento, no solo despues de contraido el matrimonio, si no en el medio tiempo. *Dom. Couarr. lib. 1. variar. cap. 14. vers. quamobrem, Menoch. cons. 92. n. 78. lib. 1. & cum alijs Molino, de ritu nuptiarum, libr. 3. cap. 6. num. 35. vers. Sed neque.*

OPOSICION SEPTIMA.

278 EN Las peticiones que se citaron en la oposicion precedente, alegan don Pedro, y don Frãcisco Manuel, que las fundaciones de los mayorazgos de las Cueuas, y Rejugena, hechas el año de 1491. (despues de las capitulaciones) las aprouaron.

279 ¶ Doña Maria Manuel, fundadora, y don Francisco, y don Iuan sus hijos, por la escritura de concordia de 4. de Março, de 1501. puesta en la nueua adicion. Fol. 38. B.

280 ¶ Y los mismos fundadores, por la escritura de 13. de Enero de 1494. (que està en la 3. adicion, num. 17.) donde vsando de la facultad que reservaron en la fundacion del mayorazgo de las Cuevas, para sacar, y aumentar bienes, sacaron las azeñas de Ezija.

281 ¶ Que la misma aprouacion hizo el mismo don Iuan; pues auiendole donado su madre las dichas azeñas por libres en 27. de Iunio de 1501. años (3. adiciõ num. 21.) aceptò la donacion, y tomò la possession, y despues se han posseido por libres; y infieren desto, que no solo don Iuan aprouò la reserua, y separacion; sino las fundaciones del año de 1491. de que siempre se ha vsado.

282 ¶ Y tambien induzen aprouacion de doña Iuana de Guzman, infiriẽdolo de que presentò la escritura de separacion de las azeñas, para que se le hiziesse pago de su dote.

283 ¶ A lo referido se respondiò concluyentemente en la peticion presentada por don Iuan Manuel, puesta en la tercera adicion, num. 22. y demas de lo que en ella se dixo se excluye la dicha oposicion.

Lo

284 ¶ Lo primero, porque la escritura de concordia en que se funda, no contiene aprouacion de las fundaciones de los mayorazgos: antes solo de la remissiō del vsufructo de los bienes dellos, que doña Maria Manuel hizo a fauor de sus hijos, y obligacion de los susodichos, a pagarle las cantidades que reservò.

285 ¶ Y no contiene otra especie de contrato, y aquel no fue perpetuo; si no por ocho años, que su naturaleza, mas fue de locacion, q̄ de remissiō de vsufructo.

286 ¶ Caso q̄ lo fuera, no contradezia al derecho adquirido por Don Iuan en la escritura de capitulaciones; pues en ellas tambien reservaron los fundadores el vsufructo de los bienes por sus dias.

287 ¶ Y quando pudiera inferirse (que no ay causa) aprouacion en lo que toca a don Iuan, solo se extendiera al mayorazgo de las Cueuas, y en èl no ay clausula que excluya al descendiente primogenito en caso alguno (como es constante.)

288 ¶ Lo segundo, porque no se puede hazer fundamento en la desagregacion de las azeñas de Ezija, ni en la donacion que despues hizo de ellas doña Maria Manuel a don Iuan su hijo, y aceptacion, y auer quedado por bienes libres.

289 ¶ Pues no se comprehendieron en los bienes de que se fundò mayorazgo en la escritura de capitulaciones, que fueron las casas en Cordoua, y el lugar de las Cueuas: *Y mas, que entren en el dicho mayorazgo otros qualesquiera bienes rayzes, que oy dicho dia tenemos en la dicha Ciudad de Cordoua, y sus terminos.* Y no incluye los de Ezija; y assi, respeto de las azeñas, los fundadores tuvieron potestad para la reserva, y vsar della sin contrauenir a las capitulaciones: antes en su confirmacion resultan dos fundamentos demas de los que en en el discurso deste papel se han notado.

290 ¶ El vno, que los fundadores no hizierō despues algun acto de contrauencion a las capitulaciones; y quando llegaron a desagregar bienes de el mayorazgo de las Cueuas, fueron los no comprehendidos en las capitulaciones.

291 ¶ El otro, que la reserva que hizieron en la fundacion de 26. de Mayo de 1491. para *añadir, y menguar bienes, y condiciones*, pudo caer en las dichas azeñas, conque en el caso que se figurò *supra num.* 176. de ser aquella fundacion la aprouacion que los fundadores se obligaron a hazer por las capitulaciones, no contrauinieron a ellas en la reserva; pues pudo subsistir en las azeñas agregadas.

292 ¶ Lo tercero, la confirmacion que se saca de que siempre se ha vsado de dichas fundaciones (demas de no ser de sustancia, como se notò a num. 222.) no se sigue antes lo cōtrario, pues en la forma q̄ si en virtud de la de el mayorazgo de las Cueuas del año de 1491. en que se comprehēden las azeñas, las quisiera pedir el posseedor, le excluyera el que las possee, con presentar la escritura de desagregacion, sin que le obstasse el no auer andado junta con la dicha fundacion, ni auerse incorporado, ni hecho relacion en la confirmacion de los señores Reyes Catolicos, de el año de 1500.

293 ¶ De la misma suerte, quando se pretende, q̄ los fundadores, en el caso desta vacante quisieron excluir a don Iuan (que litiga) se puede valer de la escritura de capitulaciones, para manifestar no tuvieron potestad, sin que perjudique no auerse juntado con las dichas fundacion, y confirmacion, del modo que por los cōtrarios se reconoce, que sin los dichos requisitos se observa la separacion de las azeñas.

294 ¶ Lo quarto, porque la aprouacion que se pretende inferir hizo doña Iuana de Guzman (*de qua supr. num.* 279.) en la presentacion de dichas escrituras, no resulta antes exclusion della, y manifestacion de auer vsado, y executado las ...

295 ¶ Pues en ellas los fundadores dieron facultad a don Iuan su hijo, para que pudiesse hipotecar a la restitucion de la dote, y Arras de la dicha doña Iuana su muger, las rentas del mayorazgo (como lo hizo) ibi: *Y le obligareis a ellos todos vuestros bienes auidos, y por auer; especialmente los frutos, y rentas del dicho mayorazgo, que assi aueys de auer despues de los dias de nuestras vidas.*

296 ¶ Y en virtud desta escritura, y de las de dote, y Arras, executò la dicha doña Iuana en todos los bienes que quedaron por muerte de don Iuā su marido, en que se incluyen los vinculados, como se refiere en la tercera adicion, num. 20. De suerte, que no se puede dezir no auerse vsado de la escritura de capitulaciones.

297 ¶ Antes en todo se executaron (como queda aduertido) y tambien en la obligacion que el fundador hizo, de renunciar el oficio de Veyntiquatro de Cordoua en don Iuan su hijo; y consta, que lo cumpliò por el testamento, y por la informacion que presentò Don Francisco, hecha por Don Francisco su bisabuelo, para la possessión del mayorazgo de Baeza. *Nueua adicion, fol.* 34. *pregunta* 3.

298 ¶ Lo quinto, porque todos los medios con que se pretende prouar la dicha oposicion (quando faltaran las respuestas dadas) no concluyen aprouacion de las fundaciones de 26. de Mayo de 1491. ni perjuyzio a las dichas capitulaciones; pues falta la expressa mencion (que se requiere en qualquier caso) ni concluyen, ni induzen aprouacion alguna los dichos actos: *Nam factum debet esse determinatum, & concludens ad consensum inferendum, & præsumendum, secus, quando factum est indifferens, & non præcisse concludens Mascard. de probat. cons.* 45. *num.* 5. *Marco Anton. var. lib.* 2. *resolut.* 11. *num.* 89. *Dom. Salgad. in labyrint. part* 2. *cap.* 10. *à num.* 19.

299 ¶ Y en el num. 20. *Etiam per mille actus inducentes approbationem, & ratificationem, ratificatio non induceretur.*

300 ¶ Y aunque don Iuan Manuel huviera consentido la diuision, ò disposicion de los bienes contenidos en las capitulaciones, y estuuieramos en caso que vastara su aprouacion, era necessario que estuviera cierto de su derecho, y de la causa q̃ invalidaua el acto que se auia de ratificar, y que se hiziera mencion dello, *aliàs* no se perjudicara, *l. per diuisionem, C. de iur. & fact. ignorant. l.* 3. § *subtilius, ff. de condi. ob caus. l. is, qui putat, ff. de adquir. hæred. Garcia de benef.* 3. *part. cap.* 2. *à num.* 241. *Mieres* 4. *part. quæst.* 20. *nu.* 69. *& quæst.* 35. *à num.* 45. *Amat. var. resolut.* 67. *à num.* 62.

301 ¶ Y la razon es, porque no se puede dezir aprouado lo que no se lee, y expressa en la escritura de aprouacion, *ex latissimè congestis à Domin. Salgado de reten. Bull. cap.* 31. *à num.* 56. *part.* 2. *& cap.* 30. §. 1. *à num.* 35. *& in labyrint. part.* 1. *cap.* 31. *à nu.* 14.

302 ¶ Lo sexto, porque no solo por las dichas escrituras, y actos, mas quādo fueran con todas las clausulas que pueden desear los contrarios, no obraran la dicha confirmancion: *Quia vbi non est quid confirmabile, confirmatio nihil operatur; quia per se sola non potest subsistere, Bald cons.* 501. *vol.* 5 *& in l. falsus, num.* 3. *C. de furt. Dom. Valencuel. cons.* 177. *à num.* 48. *tom.* 2. *latè Dom. Salgad. in labyrint.* 1. *part. cap.* 31. *per totum: præcipuè a nu.* 14.

303 ¶ Y en el *nu.* 15. *cum Bald.* prueua, *quòd confirmatio est cum alio firmatio.*

304 ¶ Y supuesto, que la confirmaciō que se trata de induzir, es de las fundaciones de los mayorazgos de 26. de Mayo de 1491. en la parte que las contrarias pretenden, se dispone, que en este caso se ha de excluir el primogenito; y esto no es confirmable, porque no tenian potestad los fundadores, ni pudieron contrauenir a las capitulaciones, como se fundò à num. 107. *& melius* à num. 160.

Nada importara que se dieran mil escrituras confirmatorias de las

fundaciones de los mayorazgos, pues no les dieran mas fuerça, ni la tienen para infirmar la escritura de capitulaciones, de suerte, que es ocioso buscar los contrarios induciones de confirmacion de las dichas fundaciones, porque se les con donan todas las que quisieren, pues juntas no pueden perjudicar la disposicion de las capitulaciones: *Quia naturá confirmationis est dare robur actui confirmato, non autem extensionem*. Y assi, faltando la potestad para el acto, no tiene la confirmacion *vbi pedes figat. Aponte videndus, cons. 5. num. 49. & Dom. Salgad. in labyrint. 1. part. cap. 31. num. 16.*

306 ¶ Y aunque huuiesse Real facultad, pues no puede perjudicar el derecho adquirido por las capitulaciones a los primogenitos de don Iuan Manuel, como se fundô à nu. 161.

307 ¶ Y demas de lo que alli se notò, porque caso que lo contenido en las capitulaciones, se pudiera alterar con facultad Real, era necessario, que se exhibieran, y se insertaran en ella, *Dom. Salgad. in labyrint. dict. 1. part. capit. 31. per totum: præcipuè à numero 18.*

308 ¶ Lo septimo, porque no importara expressa aprouacion de los fundadores de don Iuan su hijo, y doña Iuana su muger, en cuyo fauor se capitulò, porque no pudieron perjudicar a los subsequentes primogenitos, aquien se adquiriò derecho; y aunque huuiera confirmacion expressa de su Magestad, *de plenitudine potestatis*, como con *Auendañ. Sanch. Dom. Molin. Dom. Castill. Dom. Rea, & alijs* se prouô *ex num. 160. vsque ad 164. & in nu. 113.*

309 ¶ Y solo pudiera el dicho don Iuan, ó otro perjudicarse, en quanto los emolumentos, por sus dias: mas no a los sucessores, para que dexaran de suceder los primogenitos, *Dom. Paz de tenut. cap. 34. num. 155. vers. Satis ergo, fol. 432. Vbi latè comprouat, & prosequitur.*

FVNDASE, QVE EN LOS TERMINOS DE LAS escrituras de las fundaciones de los dos mayorazgos, es el legitimo sucessor de ambos Don Iuan Manuel.

310 ESte punto se ha de tratar, presuponiendo potestad en los fundadores para disponer libremente al tiempo de la fundacion de los mayorazgos de 26. de Mayo de 1491. años, como si no huuieran otorgado la dicha escritura de capitulaciones, porque atendiendo a su disposicion, no pudieron hazer incompatible el mayorazgo de las Cuevas, ni impedir la sucession regular, como se dixo *supra à num. 129.*

311 ¶ La dicha proposicion, y articulo se prouô con la primera informacion de don Iuan Manuel, desde el num. 27. hasta el 123. Y porque se han de ver alli, no se transcriben los fundamentos, y solo se pondrân algunas particulares consideraciones, respondiendo a las que se hazen por parte de don Pedro, y don Francisco Manuel: y para llegar con breuedad al punto de la dificultad.

312 ¶ Se supone, que todo el fundamento cõtrario, es la clausula puesta en la fundacion del mayorazgo de Rejugena, que comiença: *Y por quanto*, porque sin ella, no ay duda en el llamamiento de don Iuan Manuel a ambos mayorazgos, como se dixo, nu. 15. y en la primera alegacion de don Iuan, á nu. 41.

313 ¶ Tambien se presupone, que el llamamiento del hijo segundo a el mayorazgo de las Cueuas, juntandose con el de Rejugena, conforme a la dicha clausula, *es debaxo de condicion de morir sin descendientes don Francisco de Leon.*

primero llamado al mayorazgo de Rejugena, como con euidencia se fundó en la alegacion de don Iuan, num 75. vsque ad 105.

314 ¶ Esto se confiessa, y reconoce en la alegacion de D. Pedro, á n. 29.

315 ¶ La de don Francisco, en el num. 37. no disiente en la sustancia, si, en el orden, mas sin fundamento: mas de dezir, q̃ las palabras: *Por via de las dichas substituciones, y clausulas, ò alguna dellas*, no se limitan a las substituciones que tuvieron don Iuan (casa 5.) y sus descendientes, que estas fueron a falta de Don Francisco, y sus descendientes; sino que comprehendieron las substituciones hechas a los mismos descendientes de don Francisco, y que vna dellas fue la que tuvo don Gonçalo (casa 21.) su quinto nieto, en quien se juntarō los mayorazgos.

316 ¶ Esta inteligencia es muy violenta, y contraria a la mente de los fundadores, y a lo literal de la clausula, dōde se dize: *Vinieren en el dicho don Iuan, y sus descendientes, por via de las dichas substituciones, ò alguna dellas*, luego dà principio en don Iuan, y no ay llamamiento en la fundacion, para el susodicho, ó sus descendientes, si no es a falta de don Francisco, y los suyos, varones, y hembras.

317 ¶ Ay otras muchas razones, que hazen la misma euidencia, que se omiten, porque la diferencia es para la competencia entre don Pedro, y don Frãcisco; mas no para el intento que se trata.

318 ¶ Van conformes, en que los dos mayorazgos no pueden concurrir en vn solo posseedor, aunque aya descendientes de don Francisco, y don Iuan primeros llamados, sino que se han de diuidir en dos, y pretenden se comprueuã con ciertas consideraciones, y porque se hallan consecutiuas en la alegacion de don Pedro, se pondràn por el mismo orden, citando los numeros.

PRIMERA CONSIDERACION POR DON *Pedro, y don Francisco,*

319 LA Primera se hallarà num. 31. se reduze a que tiniendo los fundadores bienes para hazer vn grande mayorazgo, con cuya renta fuera mayor el lustre de su casa, fundaron dos en vn mismo dia, y con escrituras distintas, en cabeça de cada vno de sus dos hijos el suyo.

SEGVNDA CONSIDERACION.

320 ESTá à num. 34. que el motiuo de la diuision lo expressaron a la letra, fundando el mayorazgo de Rejugena de bienes que tenian en Seuilla, para don Francisco su hijo mayor, con obligacion de que vsasse el apellido, y Armas de Leon (que es el de su padre.)

321 ¶ Y el de las Cueuas, en bienes que tenian en Cordoua, llamando a don Iuan su hijo segundo, con obligacion de vsar el apellido de Manuel de Lando, que era el de su madre.

322 ¶ Y que por los dichos medios quisieron conseruar sus familias los dos fundadores, que eran diferentes, pareciendo, que eran bastantes rentas para viuir dos en dichas dos ciudades.

TERCERA CONSIDERACION.

323 A Numero 44. que concurriendo descendientes de los dos primeros llamados, en quien al principio se diuidieron los dos mayorazgos, se deue guardar la misma forma en los sustitutos siguiẽtes, y juzgarse por Real, y perpetua la prohibicion de la junta, *aliàs* se siguiera el absurdo de conceder a los descendientes de don Francisco, priuilegio que le denegaron a el

QVARTA CONSIDERACION.

324 ES En el num. 52. que en el caso sucedido milita la mismà razon, que el juntarse los dos mayorazgos por via de sucessiõ, y aun mayor, por auer sido por matrimonio; pues si se permitiera, fuera dar lugar a que los possèedores pudieran por este camino (*vt in præsenti*) defraudar la voluntad de los fundadores, juntando los mayorazgos en vn posseedor.

QVINTA CONSIDERACION.

325 SE Hizo à num. 6. que auiendose sacado el mayorazgo de las Cueuas de la primogenitura, y fundadose desde su principio en hijo segundo, es visto quisieron los fundadores no sucediesse regularmente, si no que juntandose, se prefiriesse el hijo segundo.

SEXTA CONSIDERACION.

326 A Numero 65. donde se pretendiò fundar incompatibilidad, por la *l. 7. tit. 7. lib. 5. Recopilat.* ponderando, que procede, no solo en el caso de casamiento actual; sino en el de sucession. Y que la qualidad de que el mayorazgo tiene mas de dos quentos de renta, se prueua, con que don Iuan dixo en los Estrados, que junto el de Rejugena con el de Mayrena, y Torrijos, que possee, rentã siete mil ducados, y que judicialmente a dicho, mas de cinco.

SEPTIMA CONSIDERACION.

327 SE Puso en la misma alegacion de don Pedro, à num. 78. la determinaciõ en la causa de tenuta, de que infieren no auer sido caso de duda el de la incompatibilidad; pues si no constara de tan euidentes conjeturas, que manifiestan la prohibicion de la junta de los dos mayorazgos, no se pudiera determinar en aquel juyzio en fauor del hermano segundo.

RESPONDESE A LAS DICHAS CONSIDERACIONES.

328 DEmas de lo que se respondiò en los lugares citados en la alegacion de D. Iuan, se referiràn otras consideraciones que no se han tocado por alguna de las partes, que cada vna por si, desvanecerà todas las contrarias en comun, y otras a cada vna en particular.

PRESVPVESTO.

329 ANtes de discurrir por las dichas consideraciones, pareciò suponer otra, que por si cierra la entrada al efecto de las contrarias.

330 ¶ Y es, que siendo este pleyto por el mayorazgo de las Cueuas, y pretendiendo don Pedro, y don Francisco Manuel excluir a don Iuan con la disposiciõ de la dicha clausula, *Y por quanto*, puesta en el mayorazgo de Rejugena, deuiendo ser el primero punto que los Abogados auian de tocar, si la determinacion del mayorazgo de las Cueuas se puede gouernar por la dicha clausula, puesta en escritura distinta, como lo es la de Rejugena: no se ha tratado del en las alegaciones dadas, y omiten la dificultad, y se puede creer, que por auerla reconocido.

331 ¶ Y que no pueda obrar para la dicha determinacion, la dicha clausula (*etiam seclusa* la escritura de capitulaciones) queda fundado à numer. 192. vsque ad 205. que se suplica se buelvan a ver para este intento; pues de la resolucion depende, si tienen, ò no entrada en las pretensiones contrarias; pues cessan, si se ajusta, que la dicha clausula no puede obrar directamente en la sucession del mayorazgo de las Cueuas. Y sin desconfiar en el fundamento deste presupuesto, se procede a referir las consideraciones con que se responde a las contrarias.

Consideracion primera, para excluir todas las que se hazen por don Pedro, y don Francisco.

332 Iustadas todas las consideraciones que se hazen por parte de D. Pedro, y don Francisco, se reduzen a persuadir, que los dos mayorazgos son incompatibles, y proceden de vn principio, que es la primera que se refiriò num. 319. de que pudiendo hazer vn mayorazgo en el hijo mayor, que fuera de mas lustre, diuidieron los bienes en dos, para cada vno de sus dos hijos varones; y este fundamento se destruye con euidencia, y juntamente el edificio de consideraciones contrarias.

333 ¶ Conque al tiempo de las dos fundaciones de los dos mayorazgos, no pudieron agregar el lugar de las Cueuas, y bienes deste al de Rejugena, que fundaron en don Francisco, ni dexar de llamar al de las Cueuas a don Iuan, hijo segundo; porque a ello estauan los fundadores precisamente obligados antes por la escritura de capitulaciones, y el pleyto omenage, para el casamiento del dicho don Iuan con doña Iuana de Guzman; y assi, la presuncion es, que les mouiò la causa necessaria de cumplir con la dicha obligacion, y no voluntaria, de hazer distintos mayorazgos, *l. Aristo. §. 1. ff. de iur. deliber. l. si cum dotem, § si pater, ff. solut. matrim.* Y alegando otros textos y DD. *Tusch. lit. A. conclus.* 138. *num.* 2. *& conclus.* 149. *per totam, Barbos. in axiomat.* 12. *n.* 23.

334 ¶ Y no queda en terminos de conjetura (si el fundar el mayorazgo de las Cueuas en hijo segundo, fue por hazer dos mayorazgos distintos) porque en la escritura de capitulaciones se expressan las causas, que fueron para que don Iuan casasse con doña Iuana de Guzman. *Y porque assi estaua tratado, y concertado en el assiento, y capitulacion del dicho casamiento.* Y aunque de esta causa expressa en diferente escritura, como lo fue la de capitulaciones, se ha de interpretar por ella la duda de la clausula: *Y por quanto*, y cessan las conjeturas; *l. fi. ff. de reb. eor. Mieres de maiorat. in initio*, 2. *part. nu.* 20. *Dom. Castill. lib.* 5. *cap.* 108. *per totum.*

335 ¶ Y se confirma, conque en la escritura de capitulaciones, los fundadores se obligaron a ratificar *por contrato publico*, el mayorazgo de las Cueuas, dentro de seys messes; en 16. de Diziembre de 1490. años. Y assi se presume, que la fundacion que despues se otorgò en 26. de Mayo de 1491. dẽtro del termino, fue en execucion de la dicha obligacion, *latè Alexand. cons.* 156. *viso instrumento, lib.* 6. *Tusch. lit. A. concl.* 130. *à numer.* 1. y se prouò *supr. num.* 178.

336 ¶ Y supuesto, que la obligacion de las capitulaciones fue de hazer mayorazgo regular, como se fundò *supr. à num.* 100. y no se pudo poner clausula que prohibiesse el juntarse con otro, como se dixo a num. 109.

337 ¶ No solo, estando la dicha clausula: *Y por quanto*, en la fundacion de el mayorazgo de Rejugena; sino aunque estuuiera en el de las Cueuas, se auia de regular, y reduzir a concordia con lo dispuesto en las capitulaciones: y si no se pudiera, se ha de presumir se puso por yerro lo que se excediò de ellas; para lo qual es notable el *cons. de Alex.* 156. *lib.* 6. *viso instrumento, per totum, & in num.* 8. *Tamen si est omissum, vel aliter tactum, quod esset actum in præcedenti contractu, præsumitur interuenisse errorem in secundo, & repetitioni locus est.* Y pondera muchos textos.

338 ¶ *Quem sequuntur Tusch. lit. A. conclus.* 130. *num* 2. *Barbos. axiomat.* 12. *num.* 2. ibi: *Hoc in tantum esse verum, quod secundus contractus, factus in executionem primi, etiam si fiat ex interuallo, debet regulari à primo, etiam si possunt concordari, semper reduci debent ad concordiam: si non possint concordari, quatenus secundus discordet, dicitur per errorem, & sic errorem continet; maximè quando primus erat per verba de futuro.*

Y pro-

339 ¶ Y procede con mayor causa, auiendose hecho las dichas dos fundaciones dentro de los seys meses de la obligacion, como lo notò *Alexand. vbi proximè, num. 8. ibi: Et sic denotabant illa verba interuallum annorum sex: & secundus contractus factus fuit ante laxam tanti temporis; quinimò, si illa verba etiam non se habuissent ad futurum tempus ex interuallo, idem esset.*

340 ¶ De que se infieren dos consequencias ciertas. La primera (para el acto de la voluntad de que se trata) que todo lo que los contrarios dizen, que la clausula: *Y por quanto*, contiene de incompatibilidad, y de mayorazgo irregular, es contrario a las capitulaciones (quando fuera assi, que no lo es.) Y por el consiguiente se ha de entender se puso, y dixo por error, de que no se puede induzir voluntad en los fundadores; *quia nihil tàm contrarium voluntati, quàm error; l. si per errorem, ff. de iur. & fact. ignor. Menoch. cons. 857. num. 13. & de præsumption. lib. 2. præsumpt. 19. num. 9.*

341 ¶ La segunda consequencia, que se ha de conciliar la dicha clausula: *Y por quanto*, con lo dispuesto en las capitulaciones, y se conocera, que los fundadores no quisieron la diuision de los mayorazgos en el caso sucedido, y que se conformaron con la escritura de capitulaciones, como sin violentar lo literal de las fundaciones, y clausula: *Y por quanto*, ni la mente de los fundadores se manifiesta Ynfra a n. 421 donde se prueua no quisieron probibir la junta de los dos mayorazgos, si no es a falta de descendientes de don Francisco, ni por via de casamiento.

342 ¶ Y si se opusiere, que se descubre contraria voluntad, en que los fundadores dispusieron, que si faltaua sucession de don Iuan, sucediesse don Francisco su hermano, y despues su hijo segundo; y si faltasse sucession de don Francisco, viniesse el mayorazgo de Rejugena a don Iuan, y despues a su hijo mayor; y el de las Cueuas a el segundo.

343 ¶ Se responde, que no ha llegado el caso, y que milita diuersa razon que en el primero; y que ambos solo comprehenden el caso de la sucession, y no el de matrimonio, y no se han de impropiar las palabras para formar repugnancia, y cõtradicion: antes para conciliar las dichas disposiciones, como se notò à num. 322.

R E P L I C A.

344 Y No impide a la dicha consideracion, puesta à num. 333. el dezir, que ya que no fuesse voluntario el hazer el mayorazgo de las Cueuas en hijo segundo, por estar obligados a ello los fundadores, por las capitulaciones, pudieran agregar a èl todos los demas bienes, y no lo hizieron; antes fundaron otro mayorazgo en D. Francisco, con que se descubre la voluntad de q̃ huuiesse dos.

345 ¶ A que se responde, que no puede caer en pensamiento prudente la dicha proposicion; pues el hazer mayorazgo en el hijo primogenito, es por el mayor amor que se presume, y por razon, y estimacion, y fuera faltar a todo en lo contrario; y dexar al hijo mayor desacomodado, y de mayor nota en Caualleros tan ilustres, y quando don Francisco casò ygualmente, y se descubre que sus padres le estimaron, y quisieron, pues le dexaron por Patron de las dotaciones, y obras pias, y le dexaron muchos bienes a don Gonçalo (casa 6.) hijo natural del susodicho, y le legitimaron.

SEGVNDA CONSIDERACION, Y CONCLVSION PARA EXCLVYR TODAS LAS de Don Pedro, y Don Francisco.

346 LOS Fundadores en la clausula, *y por quanto*, no prohibieron el juntarse el mayorazgo de Rejugena con el de las Cuevas, sino es a falta de descendientes de don Francisco, primero llamado; y no se extiende al caso de jun-

juntarse por via de casamiento, que es el de este pleyto.

347 ¶ Esta proposicion se fundò en la alegacion de don Iuan, à *num.* 86.

348 ¶ Y de nueuo se dize, que hazer la dicha extension, ò comprehension (como los contrarios pretenden) y las presumpciones, y conjecturas de que se valen, es contra la voluntad expressa de los fundadores, y el executarlas fuera destruyr la forma de sucessión, y llamamientos, y preuertir su orden, y la del derecho.

349 ¶ Por no auerse tratado lo vltimo desta proposiciõ en lo mucho que hombres tan doctos como los Abogados de las partes han escrito, ni auer puesto en consideracion los medios con que se ha de prouar, puede temerse entre con descredito de temeraria, siendo assi que se ha premeditado, y se espera hazer euidencia en su comprouacion, si se acierta a explicar lo que se ha ajustado, no solo fiandolo de el discurso, si no reduziendolo a practica, añadiendo al Arbol que diò el Relator, las casas que se han de presuponer para los exemplos, y presentes las clausulas de los llamamientos, y reconocese por esta parte lo dificil en ponerlo con claridad por escrito: mas tambien que para V. S. bastan pocas palabras.

350 ¶ Y para mas facil inteligencia, se ha de diuidir la clausula de los llamamientos del mayorazgo de Rejugena (que diò el Relator) en seys partes.

PRIMERA PARTE DE LA CLAVSVLA.

351 COmiença; *E en la manera*, en la primera hoja B. linea 21. que es el llamamiento de don Francisco, y sus descendientes varones, y hẽbras, y de mayor en mayor, prefiriendo el varon a la hembra.

SEGVNDA PARTE.

352 COmiença; *E si acaeciere*, en la linea penultima de la misma plana, en que en defecto de don Francisco, y sus descendientes varones, y hembras, llamaron a don Iuan, hijo segundo, y sus descendientes varones.

TERCERA PARTE.

353 EStà fol. 2. linea 12. comiença: *E si acaeciere*, en que en defecto de don Iuan, y sus hijos varones, llamaron a doña Luysa su hermana (casa 2.) y sus descendientes varones.

QVARTA PARTE.

354 COmiença: *E si acaeciere*, linea 23. de la misma plana, donde en defecto de doña Luysa, y descendientes varones de la susodicha, llamaron a Doña Ana su hermana (casa 3.) y sus descendientes varones.

QVINTA PARTE.

355 EStà en la linea 5. començando a contar desde la vltima, que comiença: *E en defecto*, donde a falta de dona Ana, y sus descendientes varones, llamaron a las hijas de don Iuan, hijo segundo; y a falta de sucession, a las hijas de doña Luysa, y sus descendientes, y a falta dellos, a las hijas de doña Ana, y los suyos, con llamamientos regulares.

SEXTA PARTE.

356 COmiença: *Y por quanto*, en la segunda hoja, B. que es la que ha dado ocasion a este pleyto.

357 ¶ Tambien se ha de presuponer, ò fingir, que en el arbol dado por el Relator, tuuiesse don Francisco, primero llamado (casa 4.) mas hijos varones, que D. Luys (casa 7.) que fuessen legitimos, y que ay sucessiõ legitima dellos. Y que el dicho Don Luys (casa 7.) tuvo muchos hijos legitimos, y sucession de ellos, y que D Francisco

cisco (casa 11.) tuvo otras hijas menores que doña Maria Manuel (casa 14.) y que ay sucession, que todo pudo concurrir; y para el intēto obra lo mismo qualquiera de los dichos grados: y por el consiguiente, que sea ficcion, ò verdad en el estado presente, porque para la interpretacion de la voluntad de los fundadores, se ha de considerar el tiempo de la fundacion, y lo que preuinieron, y deuieron preuenir en lo de adelante. Y assi, para la equiparacion que los contrarios pretenden dar de el defecto de sucession, ò por casamiento, en la junta de los dos mayorazgos, para manifestar la diferencia, y la contradicion, y repugnancia que resultarà, se figuran los casos siguiētes.

CASO PRIMERO.

358 SI En el estado presente faltara don Iuan Manuel (que litiga) sin tener otro hermano, ni sucession de su padre, que don Pedro (que litiga) que possee el mayorazgo de las Cueuas, y lo quisiera retener (que pudiera como expressamente llamado en su fundacion, y descendiente mayor varon de Don Iuan, primero llamado) passara el de Rejugena a don Ftancisco, que litiga por dos llamamientos expressos, si se equipara la junta de los dos mayorazgos, por casamiento, ò por falta de sucession de don Francisco, primero llamado a el de Rejugena.

359 ¶ El vno, por la clausula segunda, que se citò num. 350. pues entrando el mayorazgo de Rejugena en la linea de don Iuan, llama sus descendientes varones y lo es don Francisco (que litiga.)

360 ¶ El otro llamamiento, es por la clausula sexta, que se mencionò, numer. 356. vers. *En tal caso*, donde juntandose los dos mayorazgos, y haziendose la diuision, ha de suceder en el de Rejugena el hijo mayor de don Iuan (casa 5.) Y aunque quitado don Iuan (que litiga) ocupa el mismo lugar don Pedro su hermano (que litiga) se auia de considerar muerto, por posseer el mayorazgo de las Cueuas, que se dize incompatible, y entrarà en su lugar don Francisco (que litiga) segun las reglas comunes, *Noguerol, allegat. 9. a nu. 59. D. Castill. lib. 3. cap. 15. nu. 46.*

361 ¶ Esta sucession es la que por don Pedro, y don Francisco se dize quisieron los fundadores (y precisa, si no se permite la junta de los dos mayorazgos por via de casamiento) y es lo contrario lo que quisieron, y dispusieron; pues conforme a
351 la clausula 1. num. 351. llamaron expressamente a todos los descendientes de Don Francisco, varones, y hembras, y quedaran excluidos los hijos, y descendientes de el dicho don Francisco, que se suponen en el arbol, como se dixo num. 342. y preferido en la sucession del dicho mayorazgo de Rejugena el dicho don Francisco (que litiga) ò otro descendiente varon de don Iuan (casa 5.) cuyo llamamiento ha de entrar a falta de descendientes varones, y hembras de don Francisco.

CASO SEGVNDO.

362 SI Despues de posseer el mayoraygo de Rejugena don Francisco (que litiga) segun el caso precedente, muriera sin dexar hijo varon, y no huviera descendiente varon de don Iuan (casa 5.) aunque tuviesse hembras, no sucedian; y segun la clausnla 3. *de qua supr. num.* 353. auia de suceder doña Luysa (casa 2.) hija de los fundadores, y sus hijos varones; y a falta dellos D. Ana (casa 3.) y sus hijos varones, segnn la clausula 4. (*de qua supr. num.* 354.) y a falta dellos, la hija mayor de D. Iuan, y sus descendientes; y si no los huviesse, las hijas de doña Luysa, y doña Ana.

363 ¶ De que se siguiera quedar sin lugar en la sucession de el dicho mayorazgo de Rejugena los descendientes de don Frācisco primero llamado, que ay, y pudo auer en las casas del arbol, que se suponen; y truncada la sucession predilecta, y sin

lugar en qualquiera caso de entrar este mayorazgo por casamiento en la linea de D. Iuan, hijo segundo.

364 ¶ Y si despues faltara don Pedro (que litiga) sin dexar sucesion, ni hermanos con ella, no tiniendo hijos varones don Francisco, litigante, si no hijas, sucediera la mayor en el dicho mayorazgo de las Cueuas, como descendiente de don Iuan primero llamado; pues conforme a su fundacion, sino es a falta de descendientes varones, y hembras, no tiene llamamiento don Francisco, hijo mayor de los fundadores, ni sus descendientes.

365 ¶ Con que se hallaran ambos mayorazgos en la linea de don Iuan, hijo segundo; el de Rejugena en don Francisco (que litiga) y el de las Cueuas en vna hija suya, y excluidos los descendientes de don Francisco primeros llamados al mayorazgo de Rejugena.

366 ¶ Y si el dicho don Francisco, que litiga (hallandose en el dicho caso posseedor del mayorazgo de Rejugena, que juzgan incompatible) quedarà solo en la linea de don Iuan (casa 5.) y sin sucesion, segun la pretension de don Francisco, litigante (de que los fundadores solo permitieron la junta de ambos mayorazgos en D. Iuan su hijo, para que despues se diuidiessen, mas no en los sucessores) sucediera en el dicho mayorazgo de las Cueuas vno de los descendientes de don Francisco (casa 4) porque conforme a su fundacion, a falta de descendientes de don Iuan, es llamado D. Francisco su hermano, y los suyos, y no auiendo (en el presupuesto) otro descendiente que don Francisco (que litiga) y impedido, como posseedor de el mayorazgo de Rejugena, passaua el de las Cueuas a la linea de don Francisco.

367 ¶ Y quedara trocada la sucesion de los mayorazgos, el de las Cueuas en la linea de don Francisco, hijo mayor. Y el de Rejugena en la de don Iuan, hijo segundo. y corrieran ambas, aunque despues tuviera hijos don Francisco (que litiga) que es la mayor contradicion a la voluntad, y disposicion de los fundadores.

368 ¶ Y quando en el caso vltimo se admita la pretension de la parte de don Pedro (que litiga) de que lo mismo que los fundadores permitieron que se juntassen los dos mayorazgos en don Iuan su hijo, y despues se diuidiessen (como quieren se practique) en don Gonçalo (casa 21.) se ha de entender dispuesto en los demas sucessores; y que assi en el caso propuesto, se remediaua el inconveniente; pues Don Francisco (que litiga) auia de tener los dos mayorazgos, y la diuision auia de ser despues de sus dias.

369 ¶ En esta opinion se caia en igual, y mayor inconveniente, y contradicion a la mente, y disposicion de los fundadores: pues si don Francisco (que litiga) tuviera dos hijas: y el mayorazgo de las Cuevas (en caso de auerse juntado con el de Rejugena) es de hijo segundo (como se pretende por don Pedro, y don Francisco) sucediera en èl la hija segunda, y la mayor quedara sin èl, y sin el de Rejugena; porque conforme a las dichas clausulas 2. y 3. no quedando varon legitimo, descendiente de don Iuan, sucedia doña Luysa su hermana, y sus hijos varones; y despues doña Ana, y los suyos; y despues las hijas de don Iuan, y las de doña Luysa, y doña Ana, y sus descendientes regularmente, y quedauan sin llamamiento los dichos descendientes de don Francisco, que tenian primero lugar, y admitidos los vlteriores.

370 ¶ Y no solo se preuertia el orden, y forma de la sucesion del mayorazgo de Rejugena, sino tambien de el de las Cueuas; pues siendo sus llamamientos de mayor en mayor, en el caso del numero precedente quedaua excluida la hija mayor, y admitida la menor.

Y aun-

371 ¶ Y aunque siendo tan clara la razon, no necessita de comprouacion, no se escusa la que se halla, y notò en terminos Mantica *de coniect. lib. 8. tit. 8. num. 19.* ibi: *Quarto dicebam D. Elisabetham in hoc secundo capite substitutionis non esse comprehensam, sed eam vocatam in tertio capite, vnde absurdum est dicere, quod ipsa D. Elisabetha possit excludere D. Hieronymum, & fratres, sicut absurdum est dicere, quod tertius gradus secundum præcedat, cumque excludat, nam & Elisabetha est substituta, quando nullus ex descendentibus masculis, & legitimis ipsarum filiarum reperietur, atque reperiuntur D. Hieronymus, & fratres. Ergò nullo iure D. Elisabetha potest admitti, peruerso ordine substitutionum ab ipso testatore constituto.* Que es la misma consideracion, sin mas diferencia que ser en aquel caso el nombre de Ysabel, y en este Luysa, y en los mismos terminos lo ponderò D. Castill. *lib. 3. cap. 15. nu. 26.* Y esta misma disposicion se halla expressa en la fundacion, y clausula dada, fol. 4. *propè finem*, ibi: *Todauia precediendo la linea de aquel que vltimamente dexare el dicho mayorazgo, y el primero grado al segundo, y assi de linea derecha, &c.* Todo lo qual se pretende preuertir.

CASO ~~QVART~~ TERSERO

372 SI En el estado que està la diuision de los mayorazgos faltaran don Iuan, y don Pedro su hermano sin sucession, y no la huviera de don Iuan, hijo segundo de los Fundadores, conforme a la clausula 3. *de qua supr. num. 355.* en el mayorazgo de Rejugena sucediera doña Luysa (casa 2.) y sus hijos varones, &c. y quedaran excluydos los descendientes varones de don Francisco (casa 4.)

373 ¶ Y caso que el dicho don Francisco solo huviera dexado descendiẽtes hembras, passara el mayorazgo de las Cuevas a doña Luysa, y sus descendientes varones, y despues a los de doña Ana (casa 3.) y los suyos, porque conforme a la fundacion del dicho mayorazgo de las Cuevas en la clausula: *E si acaeciere*, faltando sucession de don Iuan primero llamado, ha de suceder don Francisco su hermano, y su hijo segundo; y a falta de varon la dicha doña Luysa.

374 ¶ Y se siguiera, que estando primero llamados los varones, y hembras, descendientes de don Francisco, en el mayorazgo de Rejugena; porque vn posseedor casasse en la linea de don Iuan (casa 5.) queden excluidas las hijas, y preferidos los llamados en segundo, tercero, y quarto lugar; y la linea del hijo mayor de los fundadores sin el vno, y otro mayorazgo.

375 ¶ Y discurriendose por todos los grados, y lineas, y figurando los casos, conforme los dichos presupuestos, se hallara la misma contradicion, y repugnãcia, que no se ponen otros exemplos, pues bastan los referidos, y por ellos se sacaràn los demas.

376 ¶ Y no parece se puede dar salida a los dichos casos: porque el dezir, que los descendientes que en ellos se consideran excluidos, tienen despues el vltimo llamamiento, *y herede el pariente mas propinquo descendiente, ò colateral* (que es la que se hallò por don Francisco en su alegacion, num. 94. en caso semejante) es sin fundamento; pues en el dicho caso, la palabra, *descendientes*, se entiende de los naturales: y assi, no le pusieron la qualidad de legitimos, repetida en todos los llamamientos precedentes; y este fue en defecto de legitimos, como lo manifiestan las palabras antecedentes a las referidas, ibi: *Y en defecto de sucessor, ò sucessora, que no venga por la orden susodicha, que lo aya y herede el pariente mayor, y mas propinquo descendiente, ò colateral*; de suerte, que se conformaron con la *ley 27. de Toro.* llamando despues de los legitimos, a los hijos naturales.

377 ¶ Y auiendo los fundadores, con tanto cuydado, preuenido todos los casos de la sucession, si quisieran la diuision de los mayorazgos, en el de juntarse por

via

via de casamiento, como se puede presumir, dexarà de preuenir los dichos casos, que eran los mas contingentes, *Mastrill.* (*videndus, quia in simili casu loquitur*) *decis.* 266. *num.* 48. *Et non ab re in casibus prædictis consueuit per testatores, verbis expressis prouideri, & cum dispositione particulari.* Y refiere muchos DD.

378 ¶ Y de lo referido se infiere quan inverosimil es la voluntad que por parte de don Pedro, y don Francisco se pretende inferir de la dicha clausula; y assi les obsta la regla que tiene, *Iudicem non posse attendere, & obseruare mentem testatoris inuerosimilē, Prætis de interpret. dub. 2. fol. 1. num. 7. latè in specie Mastrill. dict. decis. 266.*

379 ¶ Y por el contrario, entendiendose la clausula, *y por quanto*, en la mente, y literal disposicion de los fundadores, a falta de descendientes varones, y hembras de don Francisco (casa 4.) que es lo que contiene la dicha segunda clausula, y lo que repite la sexta, de que se trata en las palabras, *por via de las dichas substituciones*, que es el primero llamamiento de don Iuan (casa 5.) y su linea, no se hallarà caso de que resulte contrariedad, ni alguno que no estè preuenido.

EXPLICASE LA CLAVSVLA, Y POR QVANTO, EN comprouacion de la segunda consideracion, puesta à numer. 316.

380 ESta clausula, considerada atentamente, comprueua con euidencia lo referido en esta consideracion segunda: y lo que induzen don Pedro, y D. Francisco, no solo es violento; mas contrario a la disposicion de la dicha clausula, y voluntad clara de los fundadores.

381 ¶ Para lo qual se ha de suponer, que la dicha clausula contiene nueua disposicion, y declaracion en la sucession, està expresso, ibi: *Por la presente ordenamos, y mandamos, y declaramos.*

382 ¶ La nueua disposicion es la diuision de los dos mayorazgos, en el caso que preuinieron los fundadores, que hasta aquel estado no estaua dispuesto.

383 ¶ La declaracion, conseruando su naturaleza (*nam, qui declarat, nihil facit de nouo*, mirò al caso, y a la forma de la sucession.

384 ¶ El caso està en las palabras consecutiuas a las antecedentes, ibi: *Que si este mayorazgo, y los bienes del, vinieren en el dicho don Iuan nuestro hijo, è en sus descendientes, por via de las dichas substituciones, è clausulas, ò de alguna dellas*, que es faltando descendientes legitimos, varones, y hembras de don Francisco, primero llamado: porque antes por las substituciones, y clausulas, no tuvieron llamamiento don Iuan, hijo segundo, y sus descendientes. Y esto, ni se puede negar, ni lo contradizen las otras partes, como se notò *supr. num.* 314.

385 ¶ Y la forma de la sucession, desde las palabras: *En tal caso, quede este dicho mayorazgo* (de Rejugena) *y los bienes, y marauedis de juro del, en el hijo varon mayor del dicho don Iuan Manuel nuestro hijo, è en los dichos sus descendientes, de grado en grado, por la forma que dicha es, è el mayorazgo que al dicho don Iuan Manuel nuestro hijo hazemos, è los bienes, è heredamientos del, queden al segundo hijo varon legitimo, que del quedare, è a sus descendientes, por la linea derecha de grado en grado, prefiriendo en todo el varon a la hembra, è el mayor al menor, todo, segun, y por la forma susodicha.*

386 ¶ Donde se ha de notar, que en el mayorazgo de Rejugena no llaman al hijo mayor de don Iuan, y sus descendientes regularmente, si a el hijo segundo, y los suyos en el de las Cueuas.

387 ¶ Y la diferencia obrò el conseruar los llamamientos de ambos mayorazgos, y como en el de Rejugena, conforme a la clausula segunda, el llamar a Don Iuan

Iuan (a falta de don Francisco, y sus descendientes varones, y hembras) fue para los descendientes varones, y las hembras no tenian llamamiento, si no es a falta de doña Luysa, y doña Ana, y sus hijos varones, conforme las clausulas tercera, y quarta: esto reualidò, llamando a don Iuan, y su hijo varon mayor, y sus descendiẽtes, sin incluir las hembras; antes excluyendolas, y dexandolas en el llamamiento discretiuo que tenian, que assi lo declaran las palabras, *por la forma que dicha es*, *Casanat. cons. 4. numer.* 145; *D. Castill. lib.* 3. *cap.* 15. *à nu.* 36.

388 ¶ Y en el de las Cuevas se formò en el hijo segundo sucessiõ regular de mayor en mayor, de varones, y hembras, imitando los llamamientos hechos en don Francisco, y su linea, en el mayorazgo de Rejugena, para que en la forma que estaua dispuesto, que este no passasse a otra linea, si no es a falta de descendientes varones, y hembras, se obseruasse lo mismo en el de las Cueuas.

389 ¶ Y lo confirmaron los fundadores en la fundacion, que en la mismã clausula, *y por quanto*, refirieron, hazian de el mayorazgo de las Cueuas, en que prefirieron a los descendientes de don Iuan, hijo segundo, varones, y hembras a las demas lineas de sus hijos.

390 ¶ Con que la dicha clausula, *y por quanto*, solo alterò en el dicho caso (de no tener descendientes don Francisco, y suceder en el mayorazgo de Rejugena don Iuan su hermano) la junta de los dos mayorazgos en el hijo mayor, y en lo demas, fue reduzir a suma los llamamientos precedentes, como està claro: y quando huviera duda, se auia de interpretar assi, *l. allumnæ*, §. *qui filius*, *ff. de adimend. legat.* ibi: *Respondi, non a tota voluntate recessisse videri, sed ab his tantùm rebus, quas reformasset.* Y al intẽto, *Dom. Castill. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 28.

391 ¶ Y las palabras: *Y por quanto nos fazemos, y establecemos al dicho don Iuan Manuel nuestro hijo otro mayorazgo, &c.* de que se valen don Pedro, y don Francisco, no descubren en los fundadores voluntad de fundar dos mayorazgos distintos, y incompatibles.

392 ¶ Y solo siruen de manifestar, que auia otro mayorazgo para D. Iuan, que supuesto, hasta aquel estado no se auia referido, y la escritura era posterior, si la escritura no dixera mas, que sucediendo don Iuan *por alguna de las dichas substituciones, &c.* sucediesse en este mayorazo *(de Rejugena)* su hijo mayor, y sus descendientes, estaua claro, mas no en lo siguiente, y en el otro mayorazgo: y aunque dixera en el de las Cuevas, no se entendiera de qual hablauan; pues no estaua otorgada la escritura: y assi, fue precisa la relacion que sirue de explicar el motiuo, y no de disposicion, y assi no la pueden obrar, *Surd. cons.* 554. *num.* 33. *& à num.* 40. *lib.* 4. *Fussar. de subst. quæst.* 480. *num.* 54. *Dom. Molina lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 39. *vbi Additio. in vers. Sed D.* ibi: *Facta vero, non per modum rationis, & dispositiuè, sed enuntiatiuè, nihil operatur.*

PONDERASE CLAVSVLA DEL MAYORAZGO de las Cueuas.

393 PRopusose al principio, q̃ litigandose por este mayorazgo, se ha desestimado su fundacion, auiendo en èl clausula, q̃ quando tuviera duda la explicacion dada a la del mayorazgo de Rejugena, que comiença: *Y por quanto*, la quitarà: para lo qual se ha de suponer por constante, que ambas fundaciones son vniformes, sin otra diferencia, que en los bienes, y ser el primero llamado en el de Rejugena don Francisco, y en el de las Cueuas don Iuan; y que en el mismo lugar que se puso en la escritura de el mayorazgo de Rejugena la clausula, *y por quanto*, està en la de las Cueuas la siguiente, que por ser larga, se reduze a suma.

394 ¶ *Y si acaeciere, que vos el dicho don Iuã Manuel fincaredis sin dexar los tales hijos legitimos varon, ni hembra, como sobredicho es, suceda don Francisco de Leon nuestro hijo; y despues el hijo segundo varon, y adelante su hijo mayor varon legitimo, y sus descendiẽtes varones de mayor en mayor. Y que el hijo mayor legitimo, y sus descendientes legitimos, sucedan en el mayorazgo de Rejugena, que refieren otorgaron el mismo dia, segun, y por la forma que dicha es.*

395 ¶ De que se infiere, que en esta clausula se puso, y enunciò el mayorazgo de Rejugena, como ya fundado, citando el dia, y solo por quitar la duda, y dar la razon porque se excluia al hijo mayor de don Francisco en el mayorazgo de las Cuevas, que fue para el efecto que se citò la fundacion deste, que se auia de hazer en la clausula, *y por quanto*, mas en la vna, ni otra, por via de disposicion.

396 ¶ Tambien se sigue, que la dicha clausula, *è si acaeciere* (Y assi lo reconocen todas las partes) solo dispone la diuision; y el entrar el mayorazgo de las Cuevas en don Francisco, y sus descendientes, a falta de don Iuan, y los suyos varones, y hembras; de suerte, que si no huviera la clausula, *y por quanto*, en el mayorazgo de Rejugena, no se diera la incompatibilidad que se pretende.

397 ¶ Luego si ambas clausulas, y disposiciones en sustancia son vnas, y la diferencia de palabras en la clausula, *y por quanto*, solo para enunciar el mayorazgo de las Cuevas, como de futuro: y en la clausula, *è si acaeciere*, para enunciar el de Rejugena como ya fundado; necessariamente se ha de tener por vniforme la disposicion, y gouernarla por la dicha clausula, *è si acaeciere*, por estar en la escritura del mayorazgo de las Cuevas (porque se litiga) y estar clara, y la, *y por quanto*, dudosa.

398 ¶ Pues se ha de explicar qualquiera disposiciõ dudosa, como los otorgantes lo entendieron en otra escritura, aunque fuera nula; quanto mas en la de fundacion del mayorazgo porque se litiga, donde se puso el mismo caso en vn mismo dia, y esta posterior, a que se ha de estar, *l. fi. ff. de reb. eor. Mier. in initio, 2. part. num. 29. Dom. Castill. latissimè tom. 5. cap. 108 per tot. præcipuè à nu. 13.*

OBIECCION.

399 Y Si se opusiere, que no se puede negar, que los fundadores quisieron fundar dos mayorazgos, y que se diuidiessen, faltando la vna linea.

400 ¶ Se responde, que se concede: mas se niega la consequencia, de que por ello quedassen incompatibles en el caso sucedido.

401 ¶ Tùm, porque no avra persona de tan corta noticia, que dexe de tenerla de dos, y mas estados, y mayorazgos grandes, y pequeños, fundados por vn fundador en diferentes hijos, y que no tienen incompatibilidad entre si; de suerte, que tã bien para los desta especie, fue necessario la disposicion de la *l. 7. tit. 7. libr. 5. Recopilat.* que prohibiesse la junta de los que tuviessen dos quentos de renta.

402 ¶ Tùm, porque se halla practicado en el tercero mayorazgo, que el fundador hizo en Gonçalo Ruyz de Leon su nieto natural (casa 6.) en el qual (como consta de la nueua adicion, fol. 31.) a falta del susodicho, y sus descendientes, llamò al hijo segundo de don Francisco (casa 4.) y no tiniendolo, a el hijo segundo de don Iuan (casa 5.) y los mismos hijos segundos tuvieron llamamientos en el mayorazgo de las Cuevas, juntandose con el de Rejugena, como queda notado, y no por ello dexaran de suceder en el fundado en Baeza, para el dicho Gonçalo Ruyz de Leon, ni lo negarà don Francisco (que litiga) que es inmediato, y invariable sucesor del, sin que le obste a la pretension que tiene al de las Cuevas, ni le pueda obstar.

403 ¶ Tùm, porque los DD. de que se valen los contrarios, leidos originalmẽte, y ajustados los fundamẽtos, no se hallarà alguno, q̃ juzgue por incõpatibles dos

dos mayorazgos, por auerlos fundado vna persona en dos hijos, sino que requieren la prohibicion de juntarse el vno con el otro, con termino general, y perpetuo, y que se diga, y dè por causa el no confundirse la memoria de los fundadores, y se borren sus Armas, y assi lo sienten los DD. que mas se han inclinado a induzir incompatibilidad Real, *D. Castill. lib. 5. cap. 181. à num. 24. Dom. Rea decis. 51. num. 36. & 40.*

404 ¶ Túm, porque de juntarse en don Iuan los dos mayorazgos, no se obscurecen los apellidos, y Armas de los fundadores: antes se conservan, y no causa incompatibilidad; pues no obstante, que grauaron alos posseedores de los mayorazgos; al de Rejugena, con el apellido, y Armas de Leon; y a el de las Cuevas, con el de Manuel, y Lando. No con qualidad que vsassen del apellido en primero lugar, ni de las Armas, sin inmixtion de otras, con que no se induze incópatibilidad *Dom. Molin. lib. 2. cap. 14. & Additio. in num. 26. vsque ad 36. cum Fran. de Ponte, Anton. Thes. Ruadens. Mier. Burg. de Paz, Dom. Castill. in duobus locis, Marta, Alvar. Gratian. Dom. Valenç. Velazquez, Fussar. D. Perez de Lara.*

405 ¶ Y es caso expresso en las fundaciones de ambos mayorazgos, donde se dispone, que en los escudos se pongan las Armas de los fundadores, y concluye; *E que vengan todas en vn escudo, las de mi el dicho Gonçalo Ruyz de Leon, à la mano derecha, y las de mi la dicha doña Maria Manuel à la izquierda.*

406 ¶ Que es lo que se deue, y acostumbra hazer; como refiriendo otros DD. lo notô *Casanat. cons. 38. con el 40.* ibi: *Quod solent depingere, aut depingi facere arma sua diuisa, & bipartita, itaut in parte dextera sint arma patris, & in sinistra sint arma matris.*

407 ¶ Y esto no obscurece, antes ilustra, *Rusti. in l. cum auus, lib. 3. cap. 1. num. 101. tamen paternæ nobilitatis, materna etiam adiicitur, ipsa paterna nobilitas splendior, illustrior, loculentior, clariorque redditur.* Lo qual comprueua *Dom Castill. lib. 5. tom. 6. cap. 180. num. 19.*

408 ¶ De que se infiere, quan sin fundamento se pondera para la incompatibilidad (entre los descendientes) el apellido, y Armas, quando con otro qualquiera mayorazgo no la causaran, y antes no puede auer caso en q̃ mas puntualmente se cumpla el precepto, y anden sin inmixtion, que juntando los mayorazgos en vn descendiente.

409 ¶ Túm, porque ay mayor razon en juntarse el mayorazgo de Rejugena (por muerte de don Francisco primero llamado sin sucession) en don Iuã su hermano, y diuidirse en sus dos hijos, que en el caso sucedido.

410 ¶ Porque en aquel los fundadores considerauan casado a don Iuã tan ilustremente, y acomodada vna casa, y assi quisieron conseruar la de don Francisco, y acomodar a otro hijo de don Iuan su hermano.

411 ¶ Mas no por via de casamiento, que a quererlo, lo prohibieran el juntarse el mayorazgo con otro qualquiera, y quando lo permitieron en los de estraña familia, dõde podia correr el riesgo de obscurecerse el apellido, y Armas, con mayor razon en la misma donde se conseruan: y quando la prohibicion no es general, no induze incompatibilidad, *D. Castill. lib. 5 cap. 181. num. 30.* ibi: *Quia maioratus institutor generalitèr prohibuit maioratus ab eo institutus cum alio coniunctionem.*

412 ¶ Y en el num. 31. ibi: *Vnanimitèr etiam omnes probarunt, quod relatio,*

latio, aut repetitio non fit ad omnia præcedentia, vbicunque diuersa ratio militat, siue diuersitatis ratio reddi potest. Y no se puede dudar en la diuersidad de razon.

413 ¶ Tùm, porque no obstante, que se puede dar incompatibilidad Real de vn mayorazgo solo con otro (que es lo que los contrarios pretenden de el de Rejugena con el de las Cueuas) no puede ser lineal, y Real, si no es, que està vnida a los mismos bienes, para que passe a todos los sucessores, como lo notan los DD. *D. Rea decis. 51. nu. 17.*

414 ¶ Y esto falta, no solo en el juntarse los mayorazgos por via de casamiento, que se disputa por dudoso; sino en caso que no lo es, como sucediẽdo doña Luysa, y doña Ana (hijas de los fundadores) y sus descendientes, en la hija mayor de don Iuan (casa 5.) y sus descendientes, y en el pariente mas propinquo que a falta de todos llamaron, y en los vlteriores sucessores, como consta de las clausulas de ambas fundaciones.

415 ¶ Ni se hallarà con què persuada a que quisiessen los fundadores la junta de los dos mayorazgos en los referidos, y no en los descendientes de D. Francisco, y don Iuan sus hijos, auiendo sucesion de ambos.

416 ¶ Y no solo ay diuersa razon, sino tambien palabras en la clausula, que por si prohiben la extẽsion, como son, *en tal caso*, q̃ se entiẽde de suceder en el mayorazgo de Rejugena D. Iuã (casa 5.) por muerte de D. Francisco su hermano, sin descendientes (què no ha llegado) y impide la extension al caso sucedido, *D. Mol. lib. 3. cap. 5. n. 67. Casanat. cons. 24. nu. 12. & cons. 4. num. 173. Dom. Castill. libr. 3. controuers. cap. 15. nu. 12. vers. En tal caso.*

417 ¶ Y las palabras vltimas de la misma clausula; *todo, segun, è por la via y forma sobredicha*, que bastan a limitar la disposicion al caso expressado, *Casanat. dict. cons. 4 num. 141.* Y refiriendo muchos DD. *Dom. Castill. lib. 5. cap. 181. nu. 37.* Y se ha de notar, que comiença la clausula, en lo dispositiuo, con distinciones taxatiuas, *en tal caso*, y acaba con la misma, *y por la via, y forma sobredicha.*

TERCERA CONSIDERACION, QVE EXCLVYE *en comun las de don Pedro, y don Francisco: y se buelue a explicar la clausula: Y por quanto.*

418 LOs fundadores no quisieron la diuision de los dos mayorazgos, si no en caso que a falta de descendientes varones, y hembras de D. Francisco su hijo, sucediesse en el de Rejugena, y tuviesse principio la sucesion en don Iuan su hijo segundo, que este caso no ha sucedido.

419 ¶ Esta conclusion se reconoce por cierta (como lo es) en la alegacion de don Pedro *à num. 150. vsque ad 157.* (para excluir a don Francisco) y fundó concluyentemente, que las palabras de la clausula, *y por quanto*, ibi: *E si este mayorazgo* (el de Rejugena) *è los bienes de el, vinieren en don Iuan Manuel nuestro hijo, è en sus descendientes, &c.* Se han de entender. *Que muriendo don Francisco de Leon, posseedor del de Rejugena sin hijos, entrasse en èl don Iuan Manuel su hermano, con efecto en su vida los gozasse entrambos, y despues de su muerte se diuidiessen en los hijos mayor, y segundo, que del quedassen,*

420 ¶ Son palabras formales, y afirma es la explicacion que se deue hazer, y que otra qualquiera haze violencia a la letra; y mente de los fundadores.

CON-

CONSIDERACION quarta ~~TERCERA~~, QVE EXCLVYE TODAS LAS puestas por don Pedro, y don Francisco: y se dà particular inteligencia a la clausula: *Y por quanto.*

421 EN La consideracion segunda à numer. 346. se funda, que la prohibicion de la junta, y diuision de los dos mayorazgos, solo fue en caso de morir don Francisco (casa 4.) sin descendientes varones, ni hembras; mas no en el sucedido, y que lo que se pretende por don Pedro, y don Francisco, es contrario a la voluntad, y disposicion literal de los fundadores.

422 ¶ Y en esta se ha de manifestar, que de qualquiera suerte que se considere el caso que preuino la dicha clausula, *y por quanto*, no ha llegado, porque fue debaxo de condiciones, que faltaron.

423 ¶ La primera condicion fue la de la dicha clausula segunda, que se citò num. 352. en que el llamamiento de don Iuan (casa 5.) fue a falta de don Francisco su hermano, sin sucession de varones, y hembras; y esta condicion se repitiò en la dicha clausula, *y por quanto*, en las palabras, *por las dichas substituciones, è clausulas, ò alguna dellas*, que se refieren al dicho llamamiento.

424 ¶ La segunda condicion fue, que el mayorazgo de Rejugena auia de entrar, y tomar principio la sucession en el dicho don Iuan: esta se halla expressa en la dicha clausula, en las palabras, *que si este mayorazgo, y los bienes de el, vinieren en el dicho D. Iuan nuestro hijo.*

425 ¶ La tercera condicion està en las palabras consecutiuas, ibi: *E en sus descendientes*, y faltara, si no los tuviera varones el dicho don Iuan, para que passara inmediatamente el mayorazgo de Rejugena.

426 ¶ Y despues se siguen las palabras, *en tal caso* (de cumplirse las condiciones) que dispone la diuision de los dos mayorazgos en hijos varones del dicho don Iuan; y el dicho caso es el que no ha llegado.

427 ¶ Antes de discurrir por los particulares fundamētos, con que se prueua la dicha proposicion, se referirà lo que se escriuiò por don Pedro, y don Francisco, en lo condicional de la dicha clausula.

REFIERESE LO QVE CONTIENE LA ALEGACION de don Pedro.

428 EN El *num.* 150. *vsque ad* 157. (tratando de la exclusion de don Francisco) fundò concluyentemente, que las palabras, *que si este mayorazgo, y bienes de el, vinieren en el dicho don Iuan nuestro hijo, è en sus descendientes, &c.* se han de entender.

429 ¶ *Que muriendo don Francisco, posseedor del mayorazgo de Rejugena, sin hijos, entrasse en el dicho don Iuā Manuel su hermano, y con efecto en su vida los gozasse entrābos, y despues de su muerte se diuidiessen en los hijos mayor, y segundo, que del quedassen.*

430 ¶ Son palabras formales, y afirma, que es la explicacion que se deue hazer, y que otra qualquiera haze violencia a la letra, y mente de los fundadores; y pondera la restriccion del pronombre *de el*, y la palabra *quedare*, y que denotan *tomar principio la sucession en cabeza de don Iuan.* Y refiere muchos textos, y DD.

431 ¶ De suerte, que reconoce la certeza de las primera, y segunda condicion. Solo niega la tercera, porque dize, que las palabras, *è en sus descendientes*, se han de entender. *Que en qualquiera descendiente se puedan juntar los mayorazgos, y despues se han de diuidir en los dos hijos, en la forma que se dispuso en don Iuan.*

REFIERESE LO QVE EN EL CASO CONTIENE LA ALEGACION de don Francisco.

432 DOnde con especialidad tocò el punto, fue en la adicion, numer. 22. y se desembarazò del, con dezir, que las palabras de la clausula, *y por quanto*, en el caso, y diuision de los mayorazgos, se han de entender, juntandose en don Iuan, ò en qualquiera de sus descendientes, puniendo la copulatiua, *è*, por disiuntiua, *ò*, y pretende se prueua en las palabras, *ò alguna dellas*; y que llegò vna de las substituciones en don Gonçalo (casa 21.) y la condicion, y diuision de los mayorazgos, ibi: *En tal caso.*

433 ¶ Infiere, que solo huvo la permission de juntarse los dos mayorazgos en don Iuan (casa 5.) y que en sus descendientes se causa incompatibilidad Real, y lineal; y que luego que llegò el caso de juntarse en don Gonçalo, hizo trãsito el mayorazgo de las Cueuas a la linea del hijo segundo de don Iuan: mira solo a la exclusion de don Pedro.

434 ¶ De lo dicho se conoce, que en este, como en los demas, se discurriò por parte de don Pedro, y don Francisco, como si litigaran solos los dos, sin tratar, si de la misma clausula, y proposiciones, se infiere alguna a fauor de don Iuan; siendo assi, que por los mismos medios se ha de hazer euidencia de que no ha llegado el caso de incõpatibilidad en los dos mayorazgos, y se procederà a fundar, como fue debaxo de condiciones, y han faltado: y despues se responderà a las inferencias de Don Pedro, y don Francisco.

COMPRVEVASE LA PRIMERA CONDICION, CITADA à numero 418.

435 QVe la diuision fuesse en caso de suceder don Iuan a falta de don Francisco su hermano, y sus descendientes varones, y hembras, lo prouò con euidencia el mismo don Pedro en los lugares que se citaron à nu. 423.

436 ¶ Y sin ocurrir a lo que se dixo por el contrario, haze euidencia la alegacion de don Iuan à nu. 75. donde se discurriò en el caso cõ distincion, y claridad. Y por parte de don Francisco no se nota fundamento alguno que pueda causar duda.

437 ¶ Y demas de ello se halla euidente prouacion en la clausula, *y por quãto*, en el llamamiento del mayorazgo de Rejugena, ibi: *En el hijo varon mayor del dicho D. Iuan nuestro hijo, è en los dichos sus descendientes de grado en grado, por la forma que dicha es.* Y no se hallarà otra clausula a que hagan relacion las palabras, *y forma que dicha es*, sino a la dicha clausula segunda, donde los fundadores dieron llamamiento a don Iuan, y sus descendientes; y aquel fue condicional, como cõsta de el principio, ibi: *E si acaeciere, que vos el dicho don Frãcisco de Leon nuestro hijo, fincaredis sin dexar los tales hijos legitimos varõ, ni hembra, como sobredicho es, que los aya don Iuan Manuel. &c.*

PRVEVANSE LA SEGVNDA, Y TERCERA CONDICIONES, puesta a num. 419. & 420.

438 LA Segunda, de que el mayorazgo de Rejugena auia de entrar, y tomar principio la sucession en don Iuan (casa 5.) y que de otra suerte no llegò el caso.

439 ¶ La reconociò por cierta la parte de don Pedro en su alegacion, numer. 153. ibi: *Scilicèt*, tomando principio la sucession de ambos mayorazgos en cabeça del dicho don Iuan, hijo segundo de los fundadores.

440 ¶ Tambien se prouò en la alegacion de don Iuan, à nu. 82.

Y de

441 ¶ Y de presente se comprouarà la segunda condicion, y tãbien la tercera (q̃ en esta, por las partes no se ha hecho particular reparo) con muchos medios.

442 ¶ El primero es la proposicion, *en*, a que en Latin corresponde, *in*, que se halla en el llamamiento de don Iuan, y de sus descendientes, *en el dicho don Iuan, è en sus descendientes*, y la disposicion depende *de futuro euentu*, que denotan las palabras precedentes, ibi: *Si viniere el dicho mayorazgo, y bienes del.* Y despues: *Por via de las dichas substituciones, ò alguna dellas.* Y assi la proposicion, *en*, hizo condicion en ambas partes, *l. nè semèl, §. in habitatione, ff. quand. die. leg. ced. l. solemus, ff. de condit. & demonstrat. Cened. in singul. 17. num. dict. in vltimo dictio,* in, *inducit conditionem, quando dispositio suspenditur in aliquem futurum euentum, & cum alijs Barbos. in dict. in 152. num. 27.*

443 ¶ El segũdo medio, es, que no se pueden verificar las palabras, *vinieren en don Iuan, è en sus descendientes*, si no es tiniendo el mayorazgo don Iuan, y despues sus descendientes: esto por la propiedad de la proposicion, *en*, *quæ denotat inuisicitatem, & ponitur pro* intus. De suerte, que no se verificò, *sicut non est in domo, qui est in limine, nec in ciuitate, qui extra menia, nec merces in naui (vt nauta teneatur) nisi sint intra nauim collocatæ, l. 3. §. 1. & ibi Bald. de naut. Capon. & Stabu. Cened. dict. singu. 17. n. 2. Barb. dict. 152. n. 25.*

444 ¶ El tercero, porque la propiedad de la proposicion, *en*, es de estender hasta llegar a la persona que rige, y obra mas, el dezir, *viniere en el dicho don Iuan, è en sus descendientes*, que si dixeran: *Sucediere don Iuan, y sus descendientes*, porque la proposicion, *in*, junta el mayorazgo con don Iuan, y sus descendientes, que es su efecto, *Diu. August. in cap. charitas de pænitent. dist. 2.*

445 ¶ Donde la Glos. verb. *Crede*, pone estos versos.

Crede Deo, credasque Deum, plus credo valere
Si credas in eum, quàm cum ei, vel eum.

Y los explica la adicion a la dicha Glos. ibi: *Nam credere Deo, est credere verũ esse, quod dicit De⁹ credere Deũ, est credere Deũ essé, hocetiã dæmones credũt, sed credere in Deum, est amando tendere in ipsũ, latius Molf. in Sum. tract. 1. c. 2. n. 57.* dõde se conoce la fuerça de la proposiciõ, *en.*

446 ¶ Y assi en el Credo en Latin, la proposicion, *in*, solo se pone *in vnum Deum, & in Iesum Christum, & in Spiritum Sanctum*, y no en los demas Articulos del. Y en el Credo en Romance se halla lo mismo, buelta la, *in*, en, *en*. La razon se refiere *in dict. cap. charitas de pœnit. dist. 2. In Christum, quippè credere, est amando in ipsum tendere.* Et inferius: *Hoc est enim manducare panem viuum, quod credere in Christum, id est amãdo credere in ipsum,* que manifiesta la fuerça de la proposicion, *in*, que se estiende a vnir, y lo mismo es dezir: *Vinieren en don Iuan, è en sus descendientes,* que posseyeren.

447 ¶ Quarto medio es, que la proposiciõ, *en*, està ayudada (en los dichos llamamientos, *en el dicho don Iuan, è en sus descendientes*) con los relatiuos, *el*, y *sus*, que son personalissimos, demonstratiuos, y restrictiuos, *Menoch. cons. 211. num. 150. Fusar. cons. 99. à num. 1. & cons. 100. num. 4. Addit. ad Dom. Molin. lib. 1. cap. 6. nu. 29. vers. Sed superior.*

448 ¶ El quinto, porque la diccion, *è*, junta *è en sus descendientes*, està copulatiuamente demostrando, que la disposicion, es, viniendo el mayorazgo a don Iuan, y del a sus descendientes, sin interposicion de grados, *quia dictio*, suos, *denotat quandam immedietatem, Menoch. cons. 328. num. 14. lib. 4. Fusar. de substitut. quæst. 321.*

449 ¶ Y que las palabras, *è en sus descendientes*, sean de los inmediatos, se manifiesta en las consecutiuas del llamamiento, ibi: *Quede en el hijo varon mayor de el dicho don Iuan, è en los dichos sus descendientes, Gratian. discept. tom. 4. cap. 774. num. 12.* ibi: *Adeò, vt ex ista sequenti substitutione, facta de descendentibus, filiorum testatoris declaratur: præcedens substitutio.*

tutio, quod vocando descendentes, non intellexit de omnibus descendentibus in infinitum, sed de illis, qui procreantur ex dictis filijs immediatis testatoris, Menoch.consi.327.à num.46.lib.4.

450 ¶ Sexto medio es el comun modo de hablar, quando se dize, en Iuan, è sus descendientes, aunque suena conjuncion, es mayor, diziẽdo: *En Iuan, e en sus descendientes.* Y declara el concurso de Iuan con sus descendientes.

451 ¶ Y lo mismo es dezir: si el mayorazgo *viniere en don Iuan, è en sus descendientes*, que si mi herencia viniere en Iuan, è en Pedro, ò si Pedro viniere en Domingo, è en Lunes: en tal caso se den quatro, y no avrà quien dexe de entender, que no bastara venir la herencia en Iuan, si tambien no vino en Pedro. Ni que pedro viniesse en Lunes, si no vino en Domingo, para que se cumplan las condiciones.

452 ¶ Y en la question, si la substitucion hecha, o legado al hijo, y hijos, ò descendientes, se ha de entender *simùl, aut ordine successiuo.* Si se atiende a la comun resolucion, han de concurrir todos, y si es materia de mayorazgo, *ordine successiuo*, mas sucediendo primero el hijo, de suerte, que en la vna, y otra opinion ha de tener principio la sucession en don Iuan, *Gratian.discept.cap.*70.(donde cõprehende ambos casos, y el efecto de la conjuncion, *&) Barbos.de dictio. & à num.23.Horat.Viscont.cum plur.DD.referens in concl.iur.verb.Institutio, fol.*123.

453 ¶ Y en el intento no se ha de considerar la dicha clausula, para efecto de llamamiento, sino qual condicion (como lo es.)

454 ¶ Medio septimo es notar la *è*, que està en fuerça de conjuncion entre *don Iuan, è en sus descendientes.* Y viniendo en èl el mayorazgo de Rejugena, auia de concurrir el tener hijos varones, para que viniesse en sus descendientes, porque si no, bolviera a doña Luysa (casa 2.) conforme a la dicha clausula tercera, con que se verifica la tercera condicion puesta num.425.

455 ¶ Y tambien la segunda; pues para verificar la *è*, entre don Iuan, è en sus descendies, supone, que en viniendo el mayorazgo en don Iuan, teniendo descendientes, auia de passar a ellos: mas no por el contrario; pues viniendo el mayorazgo en los descendientes, no se sigue auer venido en don Iuã (como en el caso sucedido) que aunque el mayorazgo de Rejugena ha venido en don Iuan (que litiga) y en Don Gonçalo (casa 21.) descendientes de don Iuan, hijo segundo de los fundadores, no vino en el susodicho. Y por el consiguiente faltò la condicion de venir, y hazer principio en èl la sucession de su linea.

456 ¶ El medio octauo es, que la copulatiua, *è*, *facit copulatos æquè, & paritèr admitti, l.vnica, §.Ius itaque, C.de cadu.tollend.Cened.singul.*50.*num.*8. *&* 20. *latè Gratian.discept.lib.*1.*cap.*7 *per tot præcipuè à nu.*19.*Barbos.in dict. & nu.*23.

457 ¶ Y en la dicha clausula estàn don Iuan, è en sus descendientes juntos, *in sensu composito*, cuyo efecto es, *vt intelligatur simul Vulpec.de propositio. & ad verb. Signi. diti. & pag.*30.*Cened.singul.*50.*n.*9 *in dict.dict. & nu.* 2.

458 ¶ El nono es la euidencia que haze la propiedad con que los fundadores vsarõ de las conjũciones, y disiuntiuas, no solo por toda la fundaciõ, sino en la misma clausula, *y por quanto*, ibi: *En el dicho don Iuan, è en sus descendientes.* Y cõsecutiuamente, *por via de las dichas substituciones, è clausulas, ò alguna dellas*, y adelante vsaron muchas vezes de la conjuncion, *è*, y de la disiuntiua, *ò*.

459 ¶ El dezimo medio es estar con la conjuncion, *è*, la proposicion *in*, q̃ juntas obran con mayor fuerça, como queda notado.

RESV-

RESVMEN DE LO DICHO EN ESTA TERCERA CONSIDERACION, y consequencia en el caso deste pleyto

460 DE Lo referido consta, que la incompatibilidad, y caso de diuision de los dos mayorazgos, fue debaxo de las dichas tres condiciones, y que todas faltaron, y bastara el defecto de qualquiera dellas, y solo el no auer muerto don Francisco sin sucessión, y no auer entrado el mayorazgo de Rejugena en don Iuan su hermano, no solo requiriendose por condicion, como està fundado; sino solo por primero grado de la sustitucion.

461 ¶ *Gamma decis.* 27. (cuyo caso es semejante al que se trata) *in num.* 8. ibi: *Ita, & aliæ omnes substitutiones factę censentur sub illa à iure intellecta substitutione, si institutus, sine liberis decesserit, cum igitur in præsenti Emanuel, pater Francisci (cui Emanuel substituitur frater Ludouicus) moriatur cum filijs, Francisco scilicèt, & Didaco, illa fideicommissaria substitutio de fratre facta, euanuit per iura supra dicta: & maioratus iste salinarum peruenire debet ad Franciscum filium, & quidem natu maiorem Didaco, quanquam aliud sancti Ioannis maioratum possideat, quandoquidèm defecta est substitutio per natiuitatem liberorum, quæ cum defecisset, etiam necesse est modum, & qualitatem illius tanquàm quid accidens, quod corruente substantia, subsistere non potest.*

462 ¶ De suerte, que la fuerça para euitar la incompatibilidad, consistiò en desvanecerse la primera substitucion; y esta solo con la condicion subintelecta *à iure, si sine liberis decesserit*; luego con mayor razon, en nuestro caso, donde està expressa; pues don Iuan fue llamado, si don Francisco su hermano muriesse sin hijos varones, ni hembras; y consta que los tuuo, y que ay sucessión.

463 ¶ *Gratian. tom. 4. discept. cap. 774. num. 2. Idem est dicendum de substitutione, cum enim decesserit casus conditionis obitus, sine filijs, qui extiterunt.*

464 ¶ Et num. 5. *Et quanuis testator collectiuè, ac ordine successiuo plures vocauerit per diuersos substitutionum gradus: tamen primo perempto, omnes defecerunt, quasi censeantur facti limitatè, dummodò substitutiones conditio euenerit. Et inferiùs* dà la razon: *Cum defecerint ob deffectum conditionis adiectæ.* Y cita muchos DD.

465 ¶ Et in num. 11. *Minus obstat, quòd testator vocauerit filios, & eorum descendentes: & si intelligatur vocasse omnes in infinitum, quo casu dicitur fecisse plures gradus substitutionum.* A que responde: *Quia in casu nostro non potest illud verbũ descendentes applicari, nisi ad filios filiorũ, qui extarent per præcedentiã eorum patris, cũ illos vocet in simùl cum filijs ipsius testatoris.*

466 ¶ Donde se pone la fuerça, *per præcedentiam eorum patris.* Y en nuestro caso ay mayor razon; porque no solo fue condicional el llamamiento, si no tambien, que tuviesse principio la sucessión en don Iuan, y se continuasse en sus descendiẽtes, y todas tres condiciones faltaron, como se ha notado.

467 ¶ *Mastrill. videndus* (que tocò el caso muy al intento, y en otro semejante, y que auia mas causa para induzir la incompatibilidad que excluyò) *decis.* 266. *per totam: præcipuè num.* 2. *Aduersus quam petitionem dicebat Marchio, quòd actor omni prorsus carebat actione, nam Bartholomæus testatorem vocauerat secundogenitos Lauræ in infinitum, exclusis semper primogenitis; sed filium secundogenitum Lauræ, suosque descendentes cum qualitate primogenituræ (vt superiùs dictum est) In tantùmque post mortem filij secundogeniti dictæ Lauræ fuit facta perpetua primogenitura in omnes descendentes filij secundogeniti dictæ Lauræ; & paritèr in linea tertiogeniti, & cæteris lineis, cum expressa exclusione, filij primogeniti Lauræ, suorumquè descendentium ab ipso primogenito, & ob id, siue Michael nepos Lauræ fuit primogenitus, siue secundogenitus, actor necdùm fuerat vocatus verum expreßi, & penitùs exclusus, neque verificatam extitiße conditionem adductam per Bartholomæum in suo testamento, sub qua fuerat vocatus secundogenitus*

Lauræ cum sua primogenitura, & consequenter cæteras substitutiones ab ipsa dependentes, caducatas, & extinctas fuisse quandoquidem, vbi sunt plures substitutiones, & omnes dependent, & originem habent à certa persona, prout erat secundo genitus Lauræ, defecta dicta persona, seu sublata, cessabant subsequentes vocationes, quia non dato principio non datur medium, neque finis, & caducatu primo gradu substitutionis, caducantur cęterę substitutiones. Lo qual comprueva num. 11. 12. 23. & 48. doctissima, y ingeniosamente.

468 ¶ No se puede dudar en la similitud, ni en la resolucion de excluyr la incompatibilidad, porque faltò el caso del primero grado de entrar el mayorazgo en hijo segundo de Laura, como en el nuestro, de no entrar en don Iuan, hijo segundo de los fundadores, que tiene mayor euidencia, por concurrir el auer faltado la condicion con que fue llamado; y ser tambien condicional, que entrasse en èl, y sus descendientes el mayorazgo de Rejugena (que todo faltò) como queda notado.

469 ¶ Vltimamente, para cumplimiento desta consequencia, se sacarà necessaria, y concluyentemente de las mismas proposiciones hechas por don Pedro, y con las mismas doctrinas de que se valen los contrarios, y parece este fundamento bastante, para prometerse don Iuan vencer en este pleyto.

470 ¶ No se escusa repetir en suma las proposiciones hechas por don Pedro, que se citaron *supr. num.* 425. y dos siguientes, y se hallaràn en su alegacion, num. 15. *vsque ad* 155. & num. 181. Y por todo el papel prueua, que el llamamiento que tuvo don Iuan, hijo segundo, en el mayorazgo de Rejugena, fue debaxo de condicion, si don Francisco su hermano muriesse sin hijos varones, y hembras: y que auia de tomar principio la sucesion de ambos mayorazgos en el dicho don Iuan (y aunque no lo reconociera assi, queda fundado con demostracion euidẽte) Esto supuesto.

471 ¶ Veasse lo que D. Castillo escriuiò (en el mismo caso, cuyas doctrinas son las mas en fauor de la incompatibilidad, y de quien los contrarios se valen) *lib. 5. tom. 6. cap.* 181. *num.* 45. donde despues de auer referido en el antecedente la decis. 266. de Mastrill. y tratado latamente, quando *caducatu vno gradu substitutionis, caducentur cæteræ substitutiones*, pone por caso llano en opinion comun de todos los Doctores el siguiente.

472 ¶ *Sed vbi duplex adest obstaculum, nempè caducitatis, & conditionis deffectus, sub qua substituti in medio gradu vocantur, non tàm ex vi caducationis, quàm ex deffectu conditionis, siue sit conditio voluntaria, siue necessaria, vel casualis: omnis nanque substitutio, vel dispositio sub conditione facta, deficiente conditione, non solum deficit, sed habetur penitùs pro non facta, & scripta.*

473 ¶ Y no parece se puede dar solucion a este argumento; pues en terminos de la opinion, mas en contrario, que requiere que la caducacion del primero grado, sea por defecto de condicion, no se niega por los contrarios que lo huvo, y se prouò con euidencia.

RESPONDESE A LA ILLACION QUE SE HAZE por Don Pedro.

474 EN Su alegacion num. 158. (como se citò *supr. num.* 428.) se dixo, que las palabras, *è en sus descendientes*, se ha de entender, que en qualquiera dellos se pueden juntar los dos mayorazgos, y despues se han de diuidir en los dos hijos, en la forma que se dispuso con don Iuan, hijo de los fundadores, refiriendo *singula singulis.*

475 ¶ Respondese lo primero, que por el dicho don Pedro no se pronò, ni tratò de fundar el presupuesto que haze para sacar la dicha proposicion; y solo dis-

curre

curre en que la qualidad de hijo segundo se ha de atender, *tempore de latæ succesionis*, lo qual impugna don Francisco en su alegacion à num. 63. & á nu. 118. mas como si ambos tuvieran vna executoria, en que se declaraua no tocar el mayorazgo a don Iuan, sino a hijo segundo, disputan solo a qual toca esta qualidad.

476 ¶ Respondese lo segundo, que la dicha interpretacion, ó sea (como pretende don Pedro, por regla de que lo dispuesto en don Iuan, se entienda con los sucessores, ò absoluta, como quiere don Francisco, para que juntandose los mayorazgos, passe el de las Cueuas a la linea del hijo segundo que tuvo don Iuan) hazen disiuntiua la conjuncion, *è*, y quitan la significacion a la proposició *en*, de suerte, que suene el llamamiento, como si huvieran dicho, si viniere en D. Iuan, ó en sus descendientes, y esto es contrario a la voluntad de los fundadores, a su disposicion, y a la de derecho, por los diez fundamentos notados en esta cósideracion á num. ~~448~~ 442

477 ¶ Respondese lo tercero, que de lo dicho antes por don Pedro en su alegacion á num. 151. (que fue condicional el llamamiento de D. Iuan, si muriesse don Francisco su hermano sin descendientes, y que auia de tomar principio la sucesion en cabeça de don Iuan, como se notô a nu. 423.) no se sigue el auerse de entender lo mismo en los sucessores: antes es euidente consequencia lo contrario; pues auiendo faltado la condicion, y caducadose el primero grado de la sucesion en don Iuan (casa 5.) se caducaró las demas substitutiones, como se prouó *supr. à nu.* 455 *& præcipuè nu.* 467. *&* 468.

478 ¶ Respondese lo quarto, que la dicha proposicion no solo varia el medio, sino que implica contradicion; pues para excluir a don Francisco, se dize por don Pedro, que el llamamiento de don Iuan fue condicional, y que auia de tomar principio en la sucesion, y passar a sus descendientes, para llegar el caso de la diuision. Y para con don Iuan pretende lo contrario, y que baste la junta de los mayorazgos en qualquiera sucessor. Y no auiendo llegado la condició, ni sucedido don Iuan en el mayorazgo de Rejugena, no llegô el caso, ni ay otra clausula que prueue el presupuesto de incompatibilidad.

479 ¶ Respondese lo quinto, que este pleyto no es sobre si ha de salir el dicho mayorazgo de la familia, y solo se controuierte entre descendientes de los fundadores, qual ha de ser preferido: y en este caso se ha de estar a la propiedad, y expresso de las palabras de la fundacion, sin darles otra inteligencia, *Tiraquel. de primogenit. quæst.* 30. *num.* 219. *Dom. Molin. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 21. *& cap.* 5. *num.* 21. *&* 22. *Casanat. consl.* 68. *num.* 16. *Dom. Castill. lib.* 5. *cap.* 92. *num.* 22. *vers. Id tamen, Dom. Rea decis.* 54. *nu.* 18. *&* 24. donde refieren muchos DD. y es doctrina comũ para los discursos deste papel.

480 ¶ Y segun ella, no ay palabras en la fundacion (de que se saque la proposicion, de que en la forma que se auian de diuidir los mayorazgos si se juntassen en don Iuan, se ha de practicar en los sucessores) Y las, *en don Iuan, è en sus descendientes*, no contienen, ni se puede inferir dellas, ni de su propiedad la dicha proposicion, antes lo contrario (como queda prouado.)

481 ¶ Y la deriuacion de que los fundadores quisieron hazer dos mayorazgos distintos, y incompatibles, que estos no concurriessen en vna persona, sino que se diuidiessen, y el de las Cueuas en hijo segundo. Y que supuesta la diuision, se ha de presumir, quisieron fuesse lo que dispusieron en don Iuan su hijo.

482 ¶ Naze de presupuestos todos inciertos, y los mas no se hallan en la letra de las fundaciones, y los que se expressan en ellas, fueron debaxo de condiciones, que no llegaron (como queda repetido) y en la inferencia de que lo dispuesto en don Iuan, se ha de entender con los sucessores. Entre los mismos D. Pedro, y don Francisco, es la mayor contrariedad, y assi no ay euasion, y es preciso confessar, que la dicha proposicion, y toda su deriuacion de vnas en otras, falta, y ninguna se ajusta a la propiedad de las palabras de la fundacion.

483 ¶ *Mastrill. dict. decis. 266. à num. 37.* (auiendo antes tratado: *An standum sit verbis, vel menti testatoris*) resuelve, *huiusmodi tamen sententia intelligitur, & declaratur; quando mens colligitur per necesse ex verbis, & verba aliud importare nõ possunt*, y lo exorna en los numeros siguientes, *& Dom. Castill. lib. 5. cap. 90. nu. 4.*

484 ¶ Y en el num. 44. *ipse Mastrill.* (al intento de que se trata) *At in casu proposito, mens ex cõtrario adducta ex verbis testamẽti, etiã cum in propatione verborũ deffendi ne colligi poterat, qui nimo verba non solũ omninò deficiebãt, verũ omninò repugnabãt, quod testator voluerit facere duo primogenia, & ea nullo tẽpore vniri possẽt, nã si hoc procedere ex perpetua exclusione primogeniti Lauræ cõtẽdatur, & paritèr de filia primogenita mariti Lauræ, in hoc aberrarunt, cũ dicta exclusio ex alijs procedere possit, vt in specie determinat Alciat. cons. 101. n. 18. lib. 9* ibi: *Potuit etiã moneri alijs causis, quas difficile est scrutare, vlteriùs quis spiritus reuelauerat, quod per necesse Laura contrahere debuisset matrimoniũ cũ Varone, seu viro titulato?* Y concluye: *Nã si id voluisset, vtique precauisset, vt Laura matrimoniũ contrahere debuisse cũ varone, seu titulato, possidentem varoniã, vel comitatum iure Francorum, & isto casu præcautum fuisset primogenitis Lauræ.*

485 ¶ Y de lo referido, y de todo el caso de la decision, se manifiesta, que en èl concurrian mas presunciones para juzgar incompatibilidad Real, y se juzgó no auerla. Y la razon principal, que alli huvo de no auer preuenido el fundador el caso de casamiento con quien tuviesse otro mayorazgo, ni dispuesto la conveniẽcia de la linea primogenita que viniera a quedar excluida (como en este caso, por lo dicho en la segunda consideracion â num. 346.) procede con mayor fuerça en estas fundaciones, en que no ay cosa por preuenir; y si los fundadores quisieran prohibir la junta por via de casamiento, lo expressaran, ó en la clausula, *por via de las dichas substituciones, ò alguna dellas*, añadieran, *ò por otra causa*, y dieran lugar en los llamamientos a los de la linea primogenita en los casos que quedauan excluidos, contenidos en la consideracion segunda â nu. 346.

486 ¶ Y vltimamente a la dicha deriuacion de presuncion de presunciones, y presupuestos, convienen las palabras de Lotero, *de re beneficiat. libr. 2. quæst. 47. num. 18. Nimis præsumptuosum sibi videri hoc asserere, nec glosatoris, sed conditoris iuris esse huic æquitati prouidere.*

RESPONDESE A LA ILACION QVE SE HAZE *por don Francisco.*

487 EN La adicion a su alegacion num. 22. (como se notó supr. nu. 432.) tratando de dar inteligencia a la clausula, *en don Iuan, è en sus descendientes*, quiere que sea puniendo la copulatiua, *è*, por disiuntiua, *ò*, y dello infiere, que solo huvo permission para juntarse los dos mayorazgos en D. Iuan (casa 5.) y que en sus descendientes se causô incompatibilidad Real, y lineal, y que luego que llegò el caso de juntarse en don Gonzalo (casa 21.) hizo transito el mayorazgo de las Cueuas a la linea del hijo segundo de don Iuan. Lo mas

mira a la exclusion de don Pedro (que se omite) y se satisfarà a lo que puede ser contra don Iuan su hermano mayor.

488 ¶ Siendo lo que necessitaua de prouacion, que las palabras, *en don Iuan, è en sus descendientes*, se ayan de entender disiuntiuamente, que es en que los contrarios hazen su principal fundamento, no tratò de ello, ni pudiera, porque lo contrario es euidente, como se fundò en diez medios, referidos à num. 438. y passò a prouar la incompatibilidad Real (que no lo hizo.)

489 ¶ Porque se funda en las palabras, *por via de las dichas substituciones, è clausulas*. Y porque no se entendiesse, que auian de concurrir todas, añadiò, *ò alguna dellas* (son palabras del dicho num. 22.) particularizando esta condicion en tal manera, q̃ viniendo Rejugena por qualquiera de las dichas substituciones, en qualquiera de los descendientes de don Iuan, se verificò la condicion en aquella palabra, *ò alguna dellas*, y prosigue en la clausula, *en tal caso* (que es la diuision.

490 ¶ Esta cõsequẽcia pudiera correr, si el mayorazgo de Rejugena huviera entrado en don Iuã (casa 5.) y despues en sus descendiẽtes, y lo contrario no lo prouò.

491 ¶ No se infiere de las palabras, *ò alguna dellas*: antes estas manifiestan, que el mayorazgo de Rejugena auia de venir, y tener principio la sucession en don Iuan, y para la verdadera, y literal explicacion, se ha de suponer.

492 ¶ Que don Iuan, hijo segundo de los fundadores, considerãdolo por si, tuvo vn solo llamamiento en el mayorazgo de Rejugena, que fue a falta de Don Francisco su hermano, y sus descendientes varones, y hembras.

493 ¶ Y los descendientes de don Iuan tuvieron dos llamamientos distintos. El primero, los varones de mayor en mayor. El segundo, las hijas, y sus descendientes de mayor en mayor, que se substituyeron a falta de doña Luysa, y doña Ana (hijas de los fundadores) y sus descendientes varones.

494 ¶ Esto supuesto, las palabras, *vinieren en don Iuan, è en sus descendientes*, no solo dependen de la condicion de morir don Francisco sin sucession, sino que por si son condicionales, para que la sucession (como queda dicho) aya de tomar principio en don Iuan, sino tambien en que tuviesse descendientes varones; porque si no los tenia, no llegara el caso de la diuission: esto *per se patet* (porque en defecto de varones, estàn substituidas doña Luysa, y doña Ana, y sus descendientes varones) Y en los mismos terminos lo prouò Mastrill. *dict. decis. 266. num. 48. Tùm, quia non aderat secundogenitus, qui vocatus est, prædilectus fuerat in dicto territorio Fictaliæ: tum etiam, quia non aderant plures personæ, in quibus potuisset effectum sortiri dispositio testatoris.*

495 ¶ De suerte, que fue preciso acrecer a las palabras, *por via de las dichas substituciones*, las consecutiuas, *ò alguna dellas*, porque si no, quedara dudoso, si el caso de la diuision llegaua, no verificandose el de los dichos tres llamamientos; para cuya explicacion se han de juntar las dichas palabras; *y si el dicho mayorazgo, è vienes del, vinieren en el dicho don Iuan nuestro hijo, è en sus descendientes, por via de las dichas substituciones, è clausulas, ò alguna dellas.*

496 ¶ Y como las primeras palabras, *en don Iuan, è en sus descendientes*, comprehendian varones, y hembras; y para la substitucion de las hembras era necessario, que don Francisco muriesse sin descendientes, y que faltassen doña Luysa, y D. Ana sin hijos varones (porque tienen llamamiento antes de las hijas de don Iuan) y no quitan la duda: antes la confirman las palabras, *por via de las dichas substituciones, y clausulas*, que denotan concurso dellas, y para quitar la, acrecieron, *ò alguna dellas*, con

que se declara,basta que llegasse la substitucion de don Iuan,y sus hijos varones (que es la primera) a falta de don Frãcisco su hermano,sin descendiẽtes varones,y hẽbras.

497 ¶ Y tambien siruen las palabras, *ò alguna dellas*, para que no se entendiesse, que los descendientes de don Iuan (cuya palabra comprehende varones,y hẽbras) estauan preferidos absolutamente,y excluidas doña Luysa, y doña Ana, y sus hijos varones, que por las clausulas tercera,y quarta, se llamaron antes que las hijas de don Iuan; y fuera, no solo dar equiuocacion,sino tambien contrariedad en los llamamientos; y los fundadores la explicaron, y quitaron con las palabras, *ò alguna dellas*,con que se conseruaron las reglas dadas en la sucesion, por las clausulas antecedentes.

498 ¶ Y lo declararon con la diferencia de los llamamientos; pues en el mayorazgo de Rejugena no llamaron los fundadores a don Iuan, y sus descendientes llana,y regularmente, sino *al hijo mayor de grado en grado,por la forma que dicha es*, que lo restringe al llamamiento de la segunda clausula, que es solo a los varones, por no quitar el llamamiento a doña Luysa,y doña Ana, y a sus descendientes varones, llamados antes que las hijas de don Iuan.

499 ¶ Y en el mayorazgo de las Cuevas,en que (conforme a su fundaciõ) tienen llamamiento regular los descendientes de don Iuan,lo dexaron los fundadores en la misma naturaleza,ibi: *Prefiriendo el mayor al menor,y el varon a la hembra*, que no lo pusieron en el llamamiento al mayorazgo de Rejugena en el caso de la diuision.

500 ¶ Y no parece se puede dudar,que esto es lo literal, y consecutiuo de los dichos llamamientos,y manifiesta mente de los fundadores,que los quisieron cõseruar con lo final de la clausula,*por la forma que dicha es*, que son repetitiuas; y las palabras,*en tal caso*, que restringen la disposicion a las clausulas antecedentes, como muchas vezes se ha repetido, y lo notò Gratian.*tom.4.discept. cap. 774. per totum; præcipuè num. 7. dictio eo casu denotat extremitatem temporis, & restringit ad eam substitutionem.* Y assi la clausula,*y por quanto*,solo contiene nueua disposicion, si llegasse el caso de la diuision de los mayorazgos; y en lo demas conseruò,y guardò la forma dada en las substituciones,y llamamientos de las clausulas precedentes.

HAZESE PRECISA LA DICHA EXPLICACION.

501 AVnque lo referido no dexa razon de dudar en que las palabras,y condicion, *vinieren en don Iuan,è en sus descendientes,por via de las dichas substituciones,y clausulas*,necessitarõ se limitassen,y estã limitadas en las siguientes, *ò alguna dellas* para conseruar los llamamientos,y prelacion de doña Luysa,y D. Ana, y sus descendiẽtes varones a las hijas de don Iuan: demas de lo dicho,haze precisa esta inteligencia el caso siguiente.

502 ¶ Si Don Francisco, primero llamado a el mayorazgo de Rejugena, muriera sin descendientes varones, ni hembras, no ay duda que llegaua el caso de la clausula, *y por quanto*,y que sucediera don Iuan en ambos mayorazgos: y tambien por la clausula segunda.

503 ¶ Supongase,que no tuuiera hijo varon,sino dos hijas legitimas,y que viuian doña Luysa,y doña Ana, ò hijos varones de las susodichas: claro està, que no llegaua el caso de la diuision de los mayorazgos en las hijas de don Iuan; porque faltaua la calidad de varones, que auia de concurrir, como se ha dicho, à numero 425. & 449.

504 ¶ Y la sucession por muerte de don Iuan,fuera,el mayorazgo de Reju-

juge-

jugena en doña Luysa, y si era muerta, en sus descendientes legitimos varones, y a falta dellos, en doña Ana, y los suyos, conforme a la clausula 3. donde se prefieren a las hijas de don Iuan.

505 ¶ Y porque en la misma clausula, *Y por quanto*, la diuision no se dispone sea en hembras, sino en varones, ibi: (hablando del mayorazgo de Rejugena) *En el hijo varon mayor del dicho don Iuan, y sus descendientes de grado en grado; en la forma que dicha es*; Que se entiende los varones; *ut iam est dictum*.

506 ¶ Y el mayorazgo de las Cueuas sucediera en la hija mayor de don Iuan, assi por el llamamiento de su fundacion, como por la dicha clausula, *y por quãto*, donde los fundadores llaman al hijo varon segundo, y sus descendientes de mayor en mayor, prefiriendo el varon a la hembra, desuerte, que no auiendo hijo varon, sucediera la hija mayor.

CONVENCESE OTRO DE LOS PRINCIPALES FUNDAMENTOS DE DON *Francisco, y Don Pedro.*

507 DE Lo referido se infiere quan sin fundamento afirman don Pedro en su alleg. num. 62. y don Francisco en la suya, à num. 42. que el mayorazgo de las Cueuas es para hijo segundo, pues en el caso de suceder don Iuan primero llamado, y dexar dos hijas, si fuera de segundagenitura, auia de suceder la hija segunda, con que la mayor que se hallaua con dos llamamientos literales, quedara excluyda del mayorazgo de las Cueuas, por hermana menor, y de el de Rejugena por doña Luysa, ò doña Ana, y sus descendientes varones, y le fuera dañoso el ser mayor, y este absurdo, y contrariedad a los llamamientos expressos, se siguiera ineuitablemente si este mayorazgo fuera de segundagenitura.

508 ¶ Demas, de que la doctrina del señor Castillo *lib. 5. tom. 6. cap. 181. numer. 34.* y de los demas (que los contrarios refieren) hablan de mayorazgo de segundagenitura, mas no en este caso, que aun llegando el de la diuision, y sucession del hijo segundo, se llamò despues los descendientes de mayor en mayor, con que quedo regular, y no de segundagenitura, segun los dichos Doctores, y en terminos se prouarà infr. num. 611.

CONSIDERACION QUARTA CONTRA TODAS LAS HECHAS POR *parte de don Pedro, y don Francisco.*

509 EN La segunda que se puso, numer. 346. se fundò, que no ha llegado el caso de la diuision de los dos mayorazgos, porque faltò la condicion de morir sin descendientes Don Francisco, hijo primogenito de los fundadores.

510 ¶ Y en la tercera consideracion, à num. 418. se prouò que no llegò el caso de la dicha diuision, por no auer venido el mayorazgo de Rejugena, y tomado principio la sucession en don Iuan, hijo segundo de los fundadores, *è en sus descendientes*, que lo vno, y otro se requiere copulatiuamente.

511 ¶ En esta quarta consideracion se manifestarà, que en los terminos q̃ los contrarios pretenden, de que se entiendan disyuntiuamente las palabras, vinieren *En don Iuan, è en sus descendientes*, para que suenen, *O en sus descendientes*, no ha llegado el caso de la incompatibilidad, y diuision de los dos mayorazgos.

512 ¶ Constante es, que el fundamento de los contrarios, para la incompatibilidad, y diuision es, dezir se verificaron las palabras, *En don Iuan, è en sus descendientes*, (explicandolas, *O en sus descendientes*) en don Gonçalo (casa 21.) que posseyò ambos mayo-

mayorazgos, y que si se prueua lo contrario, se excluyrà la incompatibilidad, y diuision, y supuesto este principio, se forma la proposicion siguiente.

513 ¶ Las dichas palabras, aunque se entiendan, *En don Iuan, ò en sus descendientes*, no se verificaron en don Gonçalo (casa 21.) porque el venir el mayorazgo de Rejugena en el susodicho, solo, y separadamente, fue como en nieto de don Francisco, primero llamado, y no qual descendiente de Don Iuan, hijo segundo de los fundadores.

REFIERESE LO DICHO POR LAS PARTES CONTRARIAS EN *sus allegaciones.*

514 ANTES De discurrir en la prouacion, se procede a referir lo que en el dicho intento, y precision se ha dicho por las partes.

515 ¶ Y por la de don Iuan en su alegacion, à num. 97. vsque ad 105. se pōderò que don Gonçalo se hallò con la primogenitura de los dichos don Francisco, y don Iuan, hijos de los fundadores, y que assi podia representar dos personas, por los dos derechos de sangre, ex *l. tutorem, ff. de his quib. vt indign.* Y se exornò con muchos textos, y Doctores.

516 ¶ Replicose por don Pedro en su alegacion, à num. 30. & 313. y en la de don Francisco, à num. 15.

517 ¶ En aquella n. 313. q̃ no es sustentable q̃ vno represente dos personas.

518 ¶ Y esta proposicion no es cierta (antes la contraria) y en ella padeciò equiuocacion, pues la *l. si plures 10. de pact.* & ibi glos. verb. *dificile* (en que se funda) solo prueua, *quod impossibile est, vt vnus homo duorum vices substineat.* Lo qual se entiende en los oficios, y cosas incompatibles, como lo prueua en los numeros siguientes.

519 ¶ Mas no ay duda que vno puede representar a dos, y a muchos, principalmente en los derechos de sucession, y assi no embaraça esta replica.

520 ¶ La otra es, que en los mayorazgos de Rejugena con el de las Cueuas, ay incompatibilidad Real, y que assi no pueden concurrir en vn posseedor.

521 ¶ Este discurso bien se reconoce ser fuera de los terminos de el caso, pues la duda es, si en ellos llegò el de la incompatibilidad, y diuision, y oponen de la incompatibilidad, como constituyda, sin tratar si se constituyò (que es el punto.)

522 ¶ Y atendiēdo a esto se dixo al principio desta alegacion, num. 7. que no se auia tocado el punto indiuidual, y si el caso simple comprehende al mixto, ò por el contrario, y para verificarlo se diuidiràn en dos partes los discursos que se han de hazer.

PARTE PRIMERA.

523 EN El caso sucedido no vino el mayorazgo de Rejugena, *En don Iuan, è en sus descendientes*, aunque se entienda disyuntiuamente, porque don Gonçalo (casa 21.) sucediò solo como descendiente de don Francisco, primero llamado, con precision de la linea de sucession de don Iuan (casa 5.) sin que se pueda para el intento considerarle por su descendiente, y assi no llegò el caso de la incompatibilidad, y diuision.

PARTE SEGVNDA.

524 CONSIDERADO Por caso mixto, que don Gonçalo igualmente descendiò de don Francisco, y don Iuan, hijos de los fundadores, no se comprehendiò en el simple, que cōtiene la clausula, de venir el mayorazgo de Rejugena en descendiente de don Iuan, por muerte de don Francisco sin sucessiō.

DIS-

525 EL Dicho don Gonçalo para el intento, solo se puede cōsiderar descendiē te de don Iuan, hijo de los fundadores por la linea de sangre, a que no se ha de atender, sino a la linea de sucesion, que tomò principio, y se deriua de don Francisco, primero llamado al mayorazgo de Rejugena, *Angel.cons.* 100. *nu.* 7. *D.Castill.lib.* 5. *controuers.cap.* 93. *n.* 10. ibi: *Duntaxat attēdi debet linea, per quam siue ex qua successio deriuatur in vltimo possessore, & cateræ lineæ considerabiles non sunt.* Y despues.

526 ¶ *Et ratio est manifesta, quia in hac materia, linea, & proximitas non attenditur respectu lineæ sanguinis; sed respectu lineæ successionis, sicut probatur in d.c.* 1. *de natu.success.fœud.*

527 ¶ Y hallandose don Iuan, que litiga, posseedor del dicho mayorazgo de Rejugena, milita la misma razon, porq̃ la sucesion fue por la linea recta de don Francisco, primero llamado, sin transmision alguna de don Gonçalo su padre, ni de otra linea, *Amat.resol.* 1. *num.* 29. *Addit.ad Dom.Molin.lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 29. *Semper intelligitur vocata linea recta primogenitorum successiue in infinitum de primogenito in primogenitum, & hoc ex propria vocatione, etiam absque iuris alterius transmissione.*

528 ¶ Y asi don Iuan no sucediò en dicho mayorazgo por la linea de D. Gonçalo su padre, vltimo posseedor (con la mezcla de descendiente de don Iuan (casa 5.) sino por la primogenita de don Francisco (casa 4.) *quia linea primogenita, est distincta à linea possessoris, Dom Molin.lib.* 3. *cap.* 6. *à num.* 33 *& ibi Addit. Dom. Castill. libr.* 5. *cap.* 93 *à numer.* 6.

529 ¶ Y no le perjudica para la sucesion de el mayorazgo de las Cueuas, porque prouiene por otra linea (de don Iuan primero llamado) y aunque ambas estā juntas en don Iuan, se puede valer de la de don Francisco para el mayorazgo de Rejugena, y de la de don Iuan para el de las Cueuas, ex regul. *l.si communem, ff.quem.seruit. amitt.latè Lotero de re benefic.lib.* 2. *quæst.* 10. *à n.* 68. *D.Salg.de retent.Bullar.* 2. *p.c.* 33. *à nu.* 76. donde refiere muchos DD.

DISCVRSO SEGVNDO EN LA PRIMERA PARTE.

530 AVNQVE En comun por las partes se ha discurrido, con presupuesto q̃ el mayorazgo de Rejugena, vino en descendiente de don Iuan (scilicet en don Gonçalo casa 21. y en don Iuan su hijo) no ha auido causa: antes si para lo contrario, y que el mayorazgo de las Cueuas vino en descendiente de don Francisco (casa 4.) porque el mas digno trae a si el menos digno, y ser esta la linea mayor, y qualidad que notan los contrarios, y don Pedro en su alegacion, num. 287.

531 ¶ Y lo que con mas propiedad se ha de dezir es, que el mayorazgo de Rejugena vino a descendiente de don Francisco, primero llamado, y el de las Cueuas en descendiente de don Iuan su hermano, y asi los posseyò don Gonçalo, como descendiente mayor de las lineas primogenitas de ambos, y segun esto no ha venido el mayorazgo de Rejugena en descendiente de don Iuan, como en tal, y por el contrario el de las Cueuas.

532 ¶ O juzguense como correlatiuos, y don Gonçalo compuesto de las dichas dos lineas, y que asi se puede dezir que el mayorazgo de Rejugena vino en descendiente de Don Iuan, y el de las Cueuas en descendiente de Don Francisco.

533 ¶ Y en el dicho caso està dispuesto en la fundacion del mayorazgo de las Cueuas en la clausula, *E si acaeciere*, que passe al hijo mayor de don Francisco el de Rejugena, y el de las Cueuas al hijo segundo.

534 ¶ Y las partes van conformes en que no ha llegado este caso, y la causa es el auer sido condicional el llamamiento (de morir sin descendientes don Iuan, primero llamado, y auerlos) reconocese assi en la alegacion de don Pedro, à n. 137.

535 ¶ Y la misma condicion huuo en el llamamiento de don Iuan, al mayorazgo de Rejugena, de morir sin sucession don Francisco su hermano, como se fundò en la segunda consideracion, à num. 346. donde citamos los lugares donde lo confiessan los contrarios, y demas dellos en la alegacion de don Pedro, num. 29. donde lo pone por presupuesto para este articulo.

536 ¶ Luego lo mismo que se reconoce en el mayorazgo de las Cueuas, de no auer llegado el caso de la diuision, porque no han faltado descendientes de dõ Iuan, primero llamado, se ha de confessar en el de Rejugena, por auer dexado sucession (que ay de presente) don Francisco primero llamado.

537 ¶ Y la diferencia que los contrarios pretenden introduzir de la clausula, *Y por quanto*, puesta en el mayorazgo de Rejugena de incompatibilidad Real, es quimerica, pues no ay diferencia en ambos mayorazgos, y està debaxo de condiciõ de morir don Francisco (casa 4.) sin sucession, y suceder *en don Iuan su hermano, è en sus descendientes*. Y por el contrario, en el mayorazgo de las Cueuas, como tantas vezes se ha repetido.

538 ¶ Y no ay en la dicha clausula, ni en toda la fundacion otro caso de incompatibilidad, y diuision, que el venir el mayorazgo de Rejugena en Don Iuan, è en sus descendientes a falta de don Francisco, y los suyos, y no ha llegado, y los contrarios se valen de atrauesar en qualquiera discurso vna incompatibilidad Real Duende, que no se ha visto constituyda, ni fundada, antes desvanecida.

DISCVRSO TERCERO EN LA PRIMERA PARTE.

539 EL Caso de la incompatibilidad, y diuision de los mayorazgo, no pudo llegar, si no es faltando vna de las dos lineas de don Francisco, ò Don Iuan su hermano, primeros llamados, muriendo sin descendientes, en que no se puede dudar.

540 ¶ Ambas lineas se hallaràn en don Gonçalo, y estàn en don Iuan su hijo, y por ellas representa a don Francisco, y don Iuan, primeros llamados, como viuos, y con sucession, subiendo por las lineas, y sin tocar vna en otra: luego no ha llegado el caso de incompatibilidad, y diuision, pues lo mismo es (supuesta la condicion) que esten viuos en la verdad, ò en la representacion.

DISCVRSO QVARTO EN LA PRIMERA PARTE.

541 AVnque a los contrarios no assisten las reglas generales, ni particulares, para que se aya de hazer extẽsion de *casu ad casum, & de persona ad personam*, se supone como lo pretenden, y sin embargo no se puede comprehender el caso sucedido.

542 ¶ Porque en la vna, y otra fundacion (como queda aduertido) no ay caso en que se cause la incompatibilidad, y mande hazer la diuision de los mayorazgos, sino es viniendo el vno al posseedor de el otro, a falta de don Francisco, ò don Iuan, primeros llamados, sin sucession.

543 ¶ Y deste principio lo que se puede pretender se sigue, es, que si faltara vno de los primeros llamados, supongamos don Francisco sin sucession, ò quando la tuuiesse, faltasse en los hijos, ò nietos, viniendo el mayorazgo de Rejugena en don Iuan, y si fuera muerto en vno de sus descendientes, se auia de hazer la diuision por la extension de persona ad personam.

Y si

544 ¶ Y si hecha vna vez la diuision, se bolviessen a juntar dentro dela misma linea de don Iuan, por via de casamiento, obrasse lo mismo que por sucessiõ, por la extension, ò comprehension de casu ad casum.

545 ¶ Mas no se podrá dezir, que el caso que no se verificò (por auer faltado la condicion de morir sin sucessiõ don Francisco) se extienda a otro que no fuera extension, si no nueua disposicion.

546 ¶ O por lo menos auia de auer llegado el caso de la condiciõ (que no ha sucedido, pues ay descendientes de don Francisco) pues la extension ha de ser cũ eisdem qualitatibus, *ex reg. l. sed si manente, ff. de præcar.*

547 ¶ Y auiendo faltado la condicion, y caducadose el primero grado, y substitucion, cessaron las demas, y no huvo caso que extender, como se prouò, *numer.* 465. *cum* 2. *seqq.*

548 ¶ Y concurre, que las condiciones que pusieron los fundadores de faltar don Francisco su hijo sin sucessiõ, y venir el mayorazgo de Rejugena *en Don Iuan, è en sus descendientes*, fueron voluntarias, y assi se auian de cumplir en la forma especificada, como se exemplificò, y no se admite extension *de casu ad casum*, y el omitido se tiene por tal, aunque huviera conjeturas (que no ay) para ello, como alegando muchos DD. lo prueuan *Casanat. cons.* 1. *num.* 37. *Dom. Castill. lib.* 4. *cap.* 15. *à num.* 55. Y en el siguiente pone razones; y entre otras: *Quia in conditione voluntaria testator, solùm cogitauit de forma, & si nudus verborum cortex, & merum factum inspicitur.* Y concluye: *Quia aliàs conditio non diceretur voluntaria. Dom. Solorçan de Indiar. iur. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 78.

549 ¶ Y que la condicion voluntaria no se estienda, *etiam ex mente, & coniecturis*, lo prouò latamente *Casanat. cons.* 1. *num.* 37. *& cons.* 4. *nu.* 51.

DISCVRSO QVINTO EN LA PRIMERA PARTE.

550 POco se ha reparado en la palabra, *vinieren*, y con grande impropiedad se ha estendido su significacion en lo que los contrarios han escrito; pues lo comun es dezir, que los fundadores quisieron, y dispusieron, que el que tuviesse el mayorazgo de Rejugena, no sucediesse, ni tuviesse el de las Cuevas, y no dispusieron, ni quisieron esto, si no: *E si el dicho mayorazgo* (de Rejugena) *è bienes del, vinieren en el dicho don Iuan nuestro hijo, è en sus descendientes, por via de las dichas substituciones, ò alguna dellas, en tal caso.*

551 ¶ Y aunque por tantos medios se ha hecho euidencia, y se ha reconocido por los Abogados de don Pedro, que el caso de la diuision fue condicional.

552 ¶ Demas de los fundamentos ponderados, lo prueua el verbo, *vinieren*, que significa, suceder con efecto en bienes, por muerte de otro, *Cicero pro Sexto Rocio, ad quem morte Rocij, diuitiæ venerunt.* Y lo notò Calepino *in verb. Venio.*

553 ¶ Y lo manifiestan las palabras consecutiuas: *En tal caso quede este mayorazgo* (de Rejugena) *y bienes, y juro del, en el hijo varon mayor del dicho don Iuan*; pues la palabra, *quede*, supone auer venido con efecto en el dicho don Iuan, como se fundò *supr. numer.* 548.

554 ¶ Y siendo esto lo que los fundadores quisieron, y dixeron, es diuerso, y contrario; y no se deue dezir, dispusieron que no se juntassen los dos mayorazgos, y que el que tuviesse el de Rejugena, no sucediesse en el de las Cuevas: y esta ponderacion se hizo, y por ella se juzgò no auer incompatibilidad en caso semejante, que refiere Gamma, *decis.* 27. donde las palabras de la fundacion, que refieren num. 1. fueron: *Si que a meu neto Diego de Faria, & falecendo elle, fi que ao outro seu irmano macho, ò mais velho que hi ouuer, & que nao seia adomorgado;* Y con-

555 ¶ Y concluye: *Cum igitur teſtator non dixerit, quòd habens ſecundum maioratũ, in primo ſuccedere non poſsit, nec nos hoc dicere debemus: nam ſi verba non conueniunt, neq; diſpoſitio.*

556 ¶ De que ſe ſigue, que auiendo faltado la condicion de morir don Franciſco ſin deſcendientes, no llegò el caſo de la prohibicion de juntarſe los dos mayorazgos, ni el de la diuiſion; pues no vinieron con efecto en don Iuan, è en ſus deſcendientes, por muerte de don Franciſo ſin ſuceſsion.

PRVEVASE EL DISCVRSO DE LA SEGVNDA parte, pueſta numer. 524.

557 PReſuponeſe, que la materia de ſi el caſo ſimple comprehende el mixto, ò por el contrario, es latiſsima, y contiene muchas reglas, que deſpues de los DD. antiguos refieren Farinac. 2. *part. fragment. fol.* 25. *verb. mixtio, à numer.* 202. *vſque ad* 281. *Barboſ. axioma.* 39. *num. fin. & latius axiomat.* 152. *verb. mixtus, Domin. Caſtill. lib.* 4. *controu. cap.* 15. *à num.* 35. *& lib.* 5. *cap.* 89. *à nu.* 160. *& cap.* 134. *per totum, Sanchez de matrim. lib.* 8. *diſput.* 2. *à num.* 28 *Hermoſilla in gloſ.* 1. *l.* 17. *titul.* 5. *part.* 5. *numer.* 4. *Dueñas in axiom. & loci comm. litter. M. verb. mixtum, num.* 98. *Dom. Salgad. de retent. Bull.* 2. *part. cap.* 33. *à num.* 6. *Nicolas Garcia de benef.* 5. *part. cap.* 1. *à num.* 582. *& cap.* 3. *à num.* 67. *Lotero de re benefi. lib.* 2. *quaeſt.* 10. *à num.* 62. Donde citan los demas DD.

558 ¶ Y aunque todas las doctrinas, y caſos que proponen, ſe pueden ajuſtar al que ſe trata, ſolo ſe referiràn los mas conformes, y en que conuienen los Doctores.

559 ¶ Lo que ſe pretende prouar es, que el caſo ſimple que preuino la clauſula: *Y por quanto*, de juntarſe los dos mayorazgos en la linea de don Iuan (por acabarſe la de don Franciſco ſu hermano, muriendo ſin deſcendientes) no ſe comprehendiò en el mixto, ſucedido en don Gonçalo, que tuvo ambas lineas, ni en juntarſe en don Iuan ſu hijo.

560 ¶ Porque de la comprehenſion viniera perjuyzio a terceros, còmo era a doña Maria (caſa 26.) a doña Yſabel (caſa 27.) y doña Catalina (caſa 28.) hermanas de don Iuan Manuel, que por la fundacion del mayorazgo de Rejugena, clauſula primera, eſtàn llamadas con todos los deſcendientes varones, y hembras de Don Franciſco, antes que don Iuan ſu hermano, y los ſuyos; y ſi ſe dà el caſo de diuiſion en el ſucedido, ſi muriera don Iuan (que litiga) ſin ſuceſsion, ha de paſſar el dicho mayorazgo de Rejugena a deſcendiente varon de don Iuan (caſa 5.) conforme a la dicha clauſula 3. y tambien quedaran perjudicados todos los demas de la linea de don Franciſco, primero llamado, como ſe exemplificò en la 2. conſideracion, à nu. 346.

561 ¶ *Nam mixtum non comprehenditur ſub ſimplicibus, vel ècontra, quando ſequeretur praeiudicium tertij, Dom. Couarr. in* 4. *decret.* 2. *part. cap.* 8. §. 8. *num.* 9. *Sanchez de matrim. lib.* 8 *diſput.* 2. *num.* 28. *Farin. in dict. verbo, mixtum, num.* 239. *Barboſ. in dict. axiomat.* 152. *num.* 11. *D. Caſtill. dict. lib.* 5 *cap.* 134. *à nu.* 30. Donde refieren los demas DD.

562 ¶ La ſegunda concluſion es, que quando ſe quiera figurar al contrario, poniendo por caſo mixto el que preuino la clauſula, *Y por quanto* (de juntarſe ambos mayorazgos en don Iuan, ò en vno de ſus deſcendientes a falta de don Franciſco, y los ſuyos) y por ſimples las lineas de ambos en don Gonçalo (caſa 21.) y Don Iuan ſu hijo, no ſe dicera la comprehenſion. Lo vno, por el perjuyzio de tercero, como ſe dixo en el numero precedente.

563 ¶ Lo otro, porque ſe halla en las fundaciones diſpueſto ſobre el caſo mixto, de juntarſe los mayorazgos debaxo de condicion de morir ſin ſuceſsion vno

de

de los dos hijos de los fundadores; y tambien en los casos simples de la sucesion de cada vno de los dos mayorazgos; porque dexandola don Francisco, estan llamados todos sus descendientes varones, y hembras en el mayorazgo de Rejugena. Y lo mismo en don Iuan en el mayorazgo de las Cuevas.

564 ¶ Y quando ay particular disposicion en el caso mixto, y de los simples, ò en cada vno dellos, *non comprehenditur mixtum sub simplicibus, necècontra, Barbos. in dict. axiomat.* 152. *Dom. Castill. dict. cap.* 134. *à nu.* 32.

565 ¶ La tercera conclusion, es: *Quòd mixtum non continetur sub simplici, quando mixtum cadit in aliqua persona, Polid. Rippa in tractat. de notur. tempo. num.* 53. *in fine, Farinac. vbi supra, num.* 232.

566 ¶ Y assi el caso simple, preuenido en la clausula, *y por quanto*, de juntarse los mayorazgos en don Iuan, è en sus descendientes, a falta de don Francisco su herno sin sucesion, no puede comprehender el mixto en don Gonçalo, y don Iuan su hijo, en cada vno de los quales concurren dos lineas, con prelacion en la sucesion, de que puede vsar en lo fauorable separadamente, como refiriendo *text. y DD.* lo prueua con euidencia, y distincion, *Loter. dict. lib. 2. quæst. 10. à num. 68. & in num. 69. Quia Clerico suffragatur priuilegium layci, & ècontra.*

567 ¶ Donde pone el caso en el beneficio, cuyo derecho de patronato, es mixto Eclesiastico, y secular, representado en vna, ò muchas personas; y resuelve, q̃ aunque su Santidad puede proueer el beneficio de derecho de patronato Eclesiastico, està preseruado quando ay inmixtion de patronato secular, latè *Garcia de benefic. 5. part. cap. 1. à num. 582. & cap. 3. à num. 67. Dom. Salgad. de retent. Bullar. 2. part. capit. 33. num. 77 Infertur ad præseruationem iuris patronatus ecclesiastici ab auocatione, seu reseruatione, quando mixtum reperitur cum iure patronatus layco.*

568 ¶ Y hablan en caso mas apretado de materia indiuidua, y diò la razon en el numero 76. (donde tratando de la jurisdicion de los Inquisidores, vnida con la ordinaria, y si avrà lugar el recurso, para que se preserve la primera instancia ordinaria) *hoc enim æquum est, quod in re indiuidua non patiatur, quis præiudicium ratione communionis, & societatis cum alio.*

569 ¶ Y assi no perjudicò a don Gonçalo, ni a don Iuan su hijo, para suceder en el mayorazgo de las Cuevas, como descendiente mayor de don Iuan, el auer sucedido en el de Rejugena, como descendiente de D. Francisco primeros llamados.

570 ¶ Quarta conclusion, es, que en los casos que el mixto se ha de comprehender en el simple: y por el contrario, han de concurrir en el mixto los simples, cõ qualidades compatibles, ò en el mixto el simple, ò simples que ha de comprehender: esto es constante entre los DD. y lo expressa con los que cita *Dom. Castill dict. cap.* 134. *n.* 31. *vsque ad* 35.

571 ¶ Y no es possible exemplificarlo en este caso, porque el de juntarse los mayorazgos por muerte de don Francisco, sin sucesion, considerado por caso simple, ò mixto, no puede comprehender, ni ser comprehendido en el caso sucedido en don Gonçalo, y don Iuan su hijo; pues se hallan descendientes de don Francisco, de quien no ha faltado la sucesion, y no es qualidad compatible, sino contraria, ser descendiente, con no auerlo.

572 ¶ Y los referidos son los terminos de la duda deste pleyto, y por donde se ha de discurrir, pues en los mismos casos que el mixto no comprehende el simple; y por el contrario, no se dà extension *de casu ad casum, & omissus habetur pro omisso,*

 como

como lo notan los Doctores citados, y expressamente, *Dom. Castill. lib. 4. cap. 15. n. 46. & lib. 5 cap. 134. per totum.*

573 ¶ Y no solo (como se ha tratado) si la junta, y diuision de los mayorazgos en caso de sucessión se extiende al de matrimonio, en que se varia, y confunde el hecho, pues no suponen las condiciones, por las quales no estamos en caso de sucessión, si no en el contrario de morir sin ella Don Francisco, primero llamado al mayorazgo de Rejugena, y luego que la tuuo faltò la condicion, y diuisiõ, *ex late congestis à Casanat. cons. 1 à n. 39. & cons. 4.*

574 ¶ Donde exemplifica la disimilitud de los casos, y en este pleyto, *per se patet*, y la diuersidad de razon, como se notò à num. 409.

CONSIDERACION QVINTA CONTRA TODAS LAS HECHAS POR *parte de don Pedro, y don Francisco.*

575 EN Los terminos de las dudas de este pleyto, y en casos en que la pudo auer mayor, ay decisiones que no se han ponderado por las partes, y assi se notaran, y la aplicacion con breuedad, remitiendo los fundamentos a los Doctores que las refieren.

576 ¶ Gamma decis. 27. cuyo caso es, que Egidio teniendo por hijo a Frãcisco, y por nietos a Roque (que posseia el mayorazgo de S. Iuã) Diego 2. Manuel 3. Luis 4. dexò su herencia por mayorazgo, que llaman de las Salinas, a Diego su nieto, hijo segundo del dicho Francisco, y que por su muerte sucediesse otro su hermano q̃ no tuuiesse mayorazgo, y que los bienes anduuiessen siempre en su generaciõ, y muriò el dicho Diego sin sucessión, y sucediò Manuel su hermano (hijo tercero de Frãcisco) y no Roque, que fue el mayor, por posseer el mayorazgo de S. Iuan. Muriò Roque sin sucessión, y pretendiò el dicho Manuel su hermano suceder en el mayorazgo de S. Iuan, a que se opuso Luys hermano menor (nieto 4.) alegando la incompatibilidad. En este tiempo muriò Manuel, dexando dos hijos Frãcisco, y Diego (q̃ esta circunstancia, tambien conuiene a nuestro caso, pues don Francisco pretende començò el pleyto en vida de don Gonçalo casa 21.) y fue el litigio entre Francisco, hijo mayor, negando la incompatibilidad (que està en el lugar que don Iuan que litiga) y Diego (que ocupò el lugar de don Pedro) que pretendiò auerla, y suceder como hermano segundo, y Luys, nieto quarto del fundador, como inmediato a Manuel, que es la pretension de don Francisco con mayor derecho aquel, pues tenia el lugar actual de don Iuan (casa 4.) que pretende don Francisco por representacion.

577 ¶ Y se juzgò no ser incompatibles los dos mayorazgos, y pertenecer a Francisco, descendiente mayor, y los fundamentos principales fueron.

578 ¶ Que el testador no dixo, q̃ el q̃ tuuiesse el segũdo mayorazgo, no pudiesse suceder en el otro, y que el no llamar al nieto mayor (posseedor del mayorazgo de S. Iuan) sino a Diego su hermano segundo, y despues a otro su hermano, que no fuesse mayorazgo, no causò incompatibilidad Real, sino formar en aquel principio dos lineas (que es lo que en nuestro caso, como se dixo *à num.* 409.) y que luego que Manuel tuuo hijos, por la tacita, *si sine liberis decesserit*, excluyò a Luys su hermano menor, y hizo lugar a Francisco en ambos mayorazgos, sin que Diego su hermano, ni Luys su tio tuuiessen derecho a la diuision.

579 ¶ Y el caso deste pleyto tiene mas en fauor de don Iuan, pues en el, està expressa la condicion de faltar don Francisco, hijo de los fundadores sin sucessión, y en la de la dicha sucessión sub intellecta, ex *l. cum acutissime, C. de fidei.* Como lo dixo Gamma *num. 1. & 8.*

Y el

580 ¶ Y el termino de prohibicion en la dicha decision fue general, y perpetuo, ibi: *Que nao seya adomergado.* Y en nuestro caso solo se mandò hazer la diuision en los hijos mayor, y segundo de don Iuan (casa 5.) que denota personalidad.

581 ¶ Y aunque Flores de Mena en la adicion dixo, que se juzgò mal, vistos los fundamentos, se hallarà mas juridica la decision que la impugnacion de la Adicion, y que Flores de Mena siguiò la vanda de los que juzgan todas las incompatibilidades reales, siendo assi que en cada vna se deue hazer diuerso juyzio, segun las palabras, y mente de los fundadores.

582 ¶ Mas Flores de Mena, & Dom Castill. *lib.* 5. *cap.* 181. *num.* 24. que lo refiere, y sigue, solo se fundan en lo que el caso de aquella decision difiere en las qualidades al nuestro, sus palabras son: *Ex eo, quod testator onus non habendi duo primogenia, de quibus huic alteris ex nepotibus non nominatim, sed illi qui succederit in illo, quod ipse fundauit, & imposuit, & quod non nominauerit maiorem ex nepotibus, quia aliud primogenium habebat, satis colligitur, quod voluit in sua linea duo primogenia separata existere, & quod eius memoria conseruaretur in suo successore, in suo primogenio, quod dotauit.*

583 ¶ Y en este caso no tenemos prohibicion general de junta de los dos mayorazgos (que es el requisito fundamental, como lo explicò ipse Dom. Castillo *in fin. dict. num.* 24. *Quando etiam institutor maioratus expresse cauit ne maioratus vnirentur, sed quod semper diuisi existerint.*) Y el dezir que hazian dos, fue para diuerso fin de demostracion, y no de disposicion, como se dixo *à num.* 391.

584 ¶ Ni milita la razon de no auer fundado el mayorazgo de S. Iuan, y querer conseruar su memoria en el suyo de las Salinas, porque en este caso los mayorazgos de Rejugena, y de las Cueuas se fundaron por vnas mismas personas, y igualmente se conserua la memoria de los fundadores.

585 ¶ Otra decision es de Mastrillo 266. cuyo caso es, que Bartolome fundò mayorazgo, *de territorio Fitaliæ*, en Laura su hija, y despues de sus dias llamò a su hijo segundo que fuesse proximo a su hijo primogenito, y sus descendientes de mayor en mayor, con obligacion de traer el nombre, y armas, y a falta de descendientes de el hijo segundo, sucediesse el tercerogenito, y sus descendientes varones, con el grauamen de apellido, y armas, desuerte que en ninguna forma el dicho territorio viniesse al hijo primogenito de Laura, ni a sus hijos, y descendientes de el tal primogenito, sino que sucediesse el quarto, y quintogenito, y los demas en la misma forma, con el apellido, y armas, excluydas las hijas.

586 ¶ Y Laura tuuo solo dos hijos, Bartolome, y Mateo, y ambos murieron viuiendo su madre, sin dexar otra sucessiõ que a Miguel (hijo de Mateo) el qual tuuo por su hijo vnico a don Blas, y este a don Miguel, Marques de Guioretana, primogenito, y a don Rogerio, hijo segundo, y a don Carlos tercero, y por muerte de don Miguel, hijo mayor, y de don Blas su hijo vnico, sin sucession sucediò en el Marquesado, y en el mayorazgo de Fitalia el dicho don Rogerio su hermano segundo; y don Carlos, hermano tercero, pretendiò pertenecerle el mayorazgo de el territorio de Fitalia, por estar excluydo su hermano, respeto de ocupar el lugar de primogenito, y posseer otro mayorazgo incompatible, que era el del Marquesado.

586 ¶ Bien se conoce quanto mas dificil es este caso en que tuuieron exclusion perpetua el hijo primogenito, y sus descendientes, y sin embargo se determinò no auer incompatibilidad, y que sucedia en ambos mayorazgos don Rogerio, cuyo principal fundamento fue el auerse caducado el primero grado de la substitucion de los hijos de Laura que premurieron, y assi quedarõ caducadas las demas

substi-

substituciones, y la comprouacion haze euidencia, y asi lo reconociò Dom. Castillo *dict.cap.*181.*num.*44.donde refiere la decision, y *num.*45. resolviò lo mismo por dezir huuo *duplex obstaculum*: el vno la caducacion del primero grado con que se caducaron los demas descendientes del: el segundo, y principal el auer faltado la condiciõ (que supuso Dom. Castillo) de tener Laura hijos en que hazer la diuision, y en nuestro caso la ay expressa, porq̃ el llamamiento de don Iuan fue a falta de don Francisco su hermano, sin descendientes (que no llegò) y asi prosiguiò Dom. Castill. *Sed vbi duplex adest obstaculum nempè caducitatis, & conditionis defectus, sub qua substituti in medio gradu vocantur, tunc caducatu primo gradu, cæteri caducantur, non tam ex vi caducationis, quam ex defectu conditionis.* Lo qual se ponderò *num.*467.

RESPONDESE EN PARTICVLAR A LAS SIETE CONSIDE- *raciones que se hazen por Don Pedro, y Don Francisco, puestas num.* 319. *vsque* 327.

588 AVnque con qualquiera de las cinco consideraciones que se han hecho, se excluyen todas las siete, referidas a mayor aumento; y por cumplir lo que se prometiò, se responderà breue, y particularmente.

RESPONDESE A LA PRIMERA ALEGACION *contraria.*

589 SE Refiriò en el num.319.y es hazer presuncion de incompatibilidad Real de que pudiendo los fundadores hazer vn grande mayorazgo, y mayor el lustre de su casa, diuidieron sus bienes en los dos, para los dos hijos.

590 ¶ A que se satisfizo concluyentemente en la primera consideracion, desde el num.332.hasta 349.donde se prouò no fue voluntario el fundar el mayorazgo de las Cuevas, y los bienes de Cordoua en el hijo segundo, sino necessario (supuesta la escritura de capitulaciones) antecedente a las dos fundaciones, y se dan otras razones.

591 ¶ Y las palabras de la clausula: *Y por quanto nos hazemos otro mayorazgo,* fueron demonstratiuas, y no dispositiuas, como se fundò à *num.*391.

592 ¶ Y de fundar los padres dos mayorazgos en dos hijos, no naze presuncion de incompatibilidad, como se dixo *à num.* 399. *& latius à num.*477.

593 ¶ Y se manifiesta con que fundaron otro mayorazgo en Gonçalo Ruyz de Leon su nieto natural, y no es incompatible con el de Rejugena, y Cuevas, como se refiriò *num* 402.

594 ¶ Solo trataron los fundadores de dexar acomodados sus hijos, y nieto, y tambien a sus hijas; pues con tener facultad Real, para grauarles las legitimas, les dexaron mas cantidad de la que les tocaua, como se declarò en los mayorazgos, y testamento del fundador.

RESPONDESE A LA SEGVNDA CONSIDERACION CONTRARIA.

595 SE Refiriò *num.* 320.y los contrarios hazen argumento, no solo de los dos mayorazgos, sino el ser Rejugena para hijo mayor, y de bienes en Seuilla, y el de las Cuevas para el segundo de bienes en Cordoua, de que infieren quisieron fundar dos casas distintas, que conserven la memoria, sin inmixtion de apellido, y Armas.

596 ¶ Respondese lo que a la precedente, y que el hazer el segundo mayorazgo en bienes de Cordoua, fue preciso; porque se señalaron en la escritura de capitulaciones.

597 ¶ Y el grauamen de apellido, y Armas no causa incompatibilidad en

este caso, antes se cumple mejor con la junta de los mayorazgos; como se manifestò *à num.*404. y antes en la alegacion de don Iuan *à num.*53.

597 ¶ Y la ponderaciõ que los contrarios hazen de auer dispuesto q̃ vsassen del apellido, y armas los que casassen con las posseedoras de los mayorazgos, so lo concluye grauamen personal, no real, ni conseruacion de agnacion, como demas de los Doctores citados lo prouò en propios terminos Mastrillo *decis.* 266. *num.* 59. Donde tratando del apellido, y armas (que tanto repitiò el fundador en aquel caso) auiendo referido la doctrina del señor Molina *libr.* 2. *cap.* 14. *num.* 9. prosigue: *Maximè in isto casu vbi onus prædictum iniunctũ fuerat, tã in filijs masculis Lauræ, & Iaunæ, verumetiam in filijs fœminis ipsarũ, eo magis quia huiusmodi prohibitio, non erat realis, sed personalis, cum restricta, seu verius accessoria fuerat ad substitutiones præcedentes, & prohibitio realis datur, quando verba sunt relata ad eius bona.*

598 ¶ Y en este caso se refiere a las personas el grauamen, ibi: *E que ayades, y ayan de traer, y traygan,* que la clausula se puso a la letra, en la alegacion de don Iuan, *num.*63. y en la clausula tercera: *Y tomando el varon con quien casare, el apellido de Leon, y trayendo las dichas nuestras armas con las suyas.*

599 ¶ Con que demas de la personalidad permite la mixtion que aliàs estaua permitida por derecho, con que no se puede hazer argumento de incompatibilidad.

RESPONDESE A LA TERCERA CONSIDERACION CONTRARIA.

600 HIZOSE Mencion della, *num.*323. y concluye, que al principio se diuidieron los dos mayorazgos en don Francisco, y don Iuan, y que en la misma forma se ha de hazer en los substitutos siguientes: y ca so sucedido por juzgarse real, y perpetua la prohibicion de la junta, y que de lo contrario se siguiera conceder a los descendientes lo que se negò a don Francisco, hijo de los fundadores.

601 ¶ Esta consideracion cae sobre el presupuesto incierto de que los fundadores quisieron hazer dos mayorazgos distintos, y que no se juntassen, a que queda respondido.

602 ¶ Y lo que se dize de prohibicion, y incompatibilidad Real, no tiene fundamento, por faltar el principal requisito, que es ser general la prohibicion de juntarse con otro mayorazgo, y antes se permite, como todo se fundò, *numer.* 401. & 411.

603 ¶ Y por el consiguiente auia de ser general la prohibicion de ser general la prohibicion de juntarse este mayorazgo de Rejugena con el de las Cueuas, y se permitiò en muchos casos, que se refirieron *num.* 414. con que no ay incompatibilidad Real.

604 ¶ Y porque no ay razon para induzir que lo dispuesto en los hijos de los fundadores, se aya de practicar en los descendientes, como se dixo, *à numer.* 470.

605 ¶ Antes lo contrario, porque el caso de la diuision de los dos mayorazgos, solo fue debaxo de condiciones de morir don Francisco sin sucesion, y juntarse los dos mayorazgos en don Iuã, è en sus descendientes (y faltaron) y assi se caducò la primera substitucion, y todas las siguientes, y cessò la diuision, como se dixo *à num.*346. y despues *à num.*418. y con mas distincion, y la caducacion de los grados *à num.*454. y se hizo euidencia, refiriendo los presupuestos contrarios, *à num.*464.

Y los

606 ¶ Y los fundadores no dixeron, ni quisieron, que el que tuuiesse el mã yorazgo de Rejugena, no sucediesse en el de las Cueuas, como se prouò *à num.* 546. *& in specie, num.* 552.

607 ¶ Lo vltimo, de que se concede a los descendientes lo que no a don Francisco (demas de que no haze fuerça) no procede, porque la sucessión del mayorazgo de las Cueuas, no la pretende don Iuã, como su descendiente, sino por la linea de don Iuan su hermano, como se notò *à num.* 523.

RESPONDESE A LA QVARTA CONSIDERACION CONTRARIA.

608 REFIRIOSE En el *num.* 324. y contiene q̃ en el caso sucedido milita la misma razon que en el de la clausula, *Y por quanto*, y mayor por ser por via de casamiento, pues se diera lugar a que los posseedores, por este medio defraudassen la voluntad de los fundadores.

609 ¶ A esta consideracion està satisfecho (en la primera parte de que no llegò el caso por auer faltado las condiciones) en los lugares citados, supra *numer.* 526. *&* 602.

610 ¶ Y que por el consiguiente no llegò el caso de la diuisiõ, *ex num.* 526 *& in specie à num.* 537. *& à num.* 553. *vsque ad* 571. Y con las decisiones, en terminos ponderadas *à num.* 572.

611 ¶ Ni se puede dar extension, y menos comprehension de aquel caso sucedido, como se prouò *à num.* 523. *& melius, à num.* 541. *vsque ad* 549. Y en los terminos de si el caso simple cõprehende, ò se extiende al mixto, *à n.* 557. *vsque ad* 574.

612 ¶ Y no es el punto de la dificultad, como lo tocan los contrarios (scilicet, si el caso de sucessión comprehende el de matrimonio) como se explicò *numer.* 571 *cum duobus seqq.*

613 ¶ Y la razon que dã, y se prouò por don Pedro en su alegacion, *à numer.* 57 de la industria con que los sucessores pudieran defraudar la voluntad de los fundadores, ponderada bien, basta para excluyr la pretension contraria (quando es el principal apoyo) pues si se causara incompatibilidad, y llegara el caso de la clausula, *Y por quanto*, iuntandose los mayorazgos por via de matrimonio, los sucessores, no solo pudieran defraudar, sino destruyr la disposicion, y voluntad de los fundadores, preuirtiendo el orden de las lineas, y llamamientos, admitiendo, y prefiriendo los vlteriores a los primeros, como se exemplificò en la segunda consideracion *à nu.* 348. *vsque ad* 379. *& num.* 556.

RESPONDESE A LA QVINTA CONSIDERACION CONTRARIA.

614 SE Citò *num.* 325. y el motiuo della es, que el auerse sacado el mayorazgo de las Cueuas de la primogenitura, y fundadose en hijo segundo, manifiesta quisieron los fundadores, que no se sucediesse regularmente, sino que juntandose con el de Rejugena se diuidiessen.

615 ¶ Las doctrinas de que los contrarios se valen (que se citan en la alegacion de don Pedro *à num.* 62.) no se pueden induzir a la prueua del intento, porque hablan de mayorazgo de segundagenitura, como lo notò Dom. Castillo *libr.* 5. *capit.* 181. *numer.* 34.

616 ¶ Y no estamos en estos terminos, sino en los contrarios, porque no obstante que el primero llamado al mayorazgo de las Cueuas fue don Iuan, hijo segundo, despues del, fueron llamados de mayor en mayor sus descedientes, con que fue regular, y no de segundagenitura, como lo prouò Mastrillo *decis.* 266. *num* 2.

ibi:

ibi: *Nam Bartholomæus testator non vocauerat secundogenitos Lauræ in infinitum, exclusis semper primogenitis, sed filium secundogenitum Lauræ suosque descendentes, cum qualitate primogenituræ, vt superius dictum est, in tantum quod post mortem filij secundogeniti dictæ Lauræ fuit facta perpetua primogenitura, in omnes descendentes filij secundogeniti* (que es nuestro caso) y enel de la dicha decision se juzgò a fauor de el descendiente primogenito, como se refiriò *à numer.* 577.

617 ¶ Y si el mayorazgo de las Cueuas se considerara de segundagenitura, se siguiera el absurdo, y contrariedad considerada *num.* 507.

RESPONDESE A LA SEXTA CONSIDERACION, CONTRARIA.

618 PVSOSE *Numer.* 326. y como se pretende induzir la disposicion de la *ley* 7. *tit.* 7. *libr.* 5. *Recopilat.* Por dezir procede no solo en el caso de casamiento actual, sino en el de sucession, y por la renta de los mayorazgos, por lo que se dize passò en los Estrados.

619 ¶ A lo primero se responde, que no estamos en el caso de si ha de hazer extension de la junta por sucession al de matrimonio, como se replicò *numer.* 605. & 611.

620 ¶ Y la diuision de los mayorazgos, no se puso en caso de sucession, sino en el contrario de morir sin ella don Francisco, como se notò *num.* 569.

621 ¶ Y a lo vltimo que no estamos en el caso de la *ley* 7. por no tener los dos cuentos de renta el mayorazgo, como se manifestò en la alegacion de don Iuã, *numer.* 95. & 96.

622 ¶ Y no es lo mas esto, y no estar intentado este remedio, y el quererse fundar en palabras que las partes dixessen a la vista del pleyto, no siendo ciertas las q̃ le prohijan (pues lo que don Iuan dixo es, que daria todos los tres mayorazgos que possee por siete mil ducados de renta.)

623 ¶ Sino que por don Pedro lo referido *à num.* 65. *vsque ad* 74. para la incompatibilidad, y despues en la eleccion, *à num.* 258. tuuo lo contrario, y que no se estaua en el caso de la *ley* 7.

RESPONDESE A LA SEPTIMA CONSIDERACION, CONTRARIA.

624 HIZOSE Mencion della en el *num.* 327. y como se pretende persuadir que no huuo question de duda en la incompatibilidad de dichos mayorazgos en la determinacion de la tenuta, porque en la controuersia de si es capaz aquel juyzio para determinar la incompatibilidad, la verdadera sentencia es la afirmatiua, quando consta por conjecturas que hazen euidente demonstracion de la prohibicion de la junta de los mayorazgos, ex Gutierr. que por yerro de la Emprenta se citò, *lib.* 6. siendo 3. *pract. q.* 71. *n.* 19. *D. Castillo lib.* 5. *c.* 178. *n.* 15. *Dom. Paz de tenut. c.* 34. *n.* 10. & 41. *D. Rea decis.* 51. *n.* 3.

625 ¶ A que se responde, que los Doctores citados resueluen el punto en diferentes terminos, scilicet, quando la incompatibilidad se ofrece en vida del posseedor, y menos que no siendo euidente no se admite el remedio de la tenuta.

626 ¶ Secus, en este caso que se intentò por muerte de don Gonçalo, y los tres que litigã, la pretendieron, y pudo auer diferentes motiuos para la determinacion, y qualquiera no obsta en este juyzio.

627 ¶ Y no se puede hazer inferencia de la tenuta, y sentencia de vista, cõtra don Iuan Manuel, porque por su parte no se hizieron las defensas necessarias en aquellas dos instancias, y en esta se han presentado la escritura de capitulaciones, y las demas

demas de que se ha hecho mencion, y deduzido los fundamentos de su justicia, que a estarlo desde el principio, se tiene por cierto no huuiera duda en su derecho.

RESVMEN DE LO TRATADO.

628 TRAESE A la memoria que las dudas que mueuen las consideraciones contrarias en la interpretacion de las clausulas, y conjecturas la voluntad de los fundadores, no tienen lugar auiendoles faltado la potestad para hazer irregular el mayorazgo de las Cueuas (como se fundò por tãtos medios euidentes desde el *num.* 29. hasta el 191.)

629 ¶ Y concurre el segundo defecto de potestad que se considerò en la forma del vso, scilicet, por auer puesto la clausula, *Y por quanto* (ocasion deste pleyto) en la fundacion del mayorazgo de Rejugena, con q̃ no puede obrar en el de las Cueuas (porque se litiga) que tiene particular fundacion, como se discurriò *à n.* 192. hasta 215. y en el *nu.* 310. donde se hizo precision de la potestad para tratar de la voluntad.

630 ¶ Y en estos terminos se ha hecho euidencia de que por la disposicion de las fundaciones pertenecen ambos mayorazgos a don Iuan por muchos fundamentos, *à num.* 311. que qualquiera dellos parece puede assegurar el sucesso.

PARTE SEGVNDA, QVE SE CITO NVM. 13. EN QVE SVPVESta la incompatibilidad, se tratò si don Iuan puede elegir.

631 NO por desconfiar en el derecho de don Iuan, para obtener ambos mayorazgos, ni por dexar de conocer, està con euidencia fundado en su alegacion *à num.* 146. que en el presupuesto de incompatibilidad que los contrarios hazen, le pertenece el de las Cueuas, dexando el de Rejugena, si, por no faltar al motiuo deste papel, que es replicar, se harà con lo breuedad possible.

REFIERESE LO QVE OPONEN D. PEDRO, Y D. FRANCISCO.

632 ESTE Articulo se tratò en la alegacion de Don Pedro *à num.* 257. hasta 319. y en la de don Francisco *à num.* 45. *vsque ad* 54. Y los fundamentos de que se valen son los siguientes.

PRIMERO FVNDAMENTO CONTRARIO.

633 QVE El derecho de elegir vno de dos mayorazgos, solo le tienẽ a quiẽ lo concede la *ley* 7. *tit.* 7. *libr.* 5. *Recopilat* ò los fundadores, mas no en este caso, que no es el de la ley, y en que ay disposicion expressa en contrario, para que juntandose, suceda en el de las Cueuas el hijo segundo.

SEGVNDO FVNDAMENTO CONTRARIO, A QVE se responde numer. 697.

634 QVE No fue perjuyzio de don Iuan (casa 5.) antes vtilidad, porque se ha de atender al tiempo de la fundacion, y no a lo sucedido con la mudança del, de ser de menor renta el mayorazgo de Rejugena, y que fue la mente de los fundadores, y lo dispuesto por derecho en todo genero de actos.

TERCERO FVNDAMENTO CONTRARIO, A QVE se responderà à num. 700.

635 QVANDO D. Iuan por algun camino tuuiera derecho de eleccion (q̃ dizen no le alcançan) le perdiò por auer tomado primero, y continuado la possession del mayorazgo de Rejugena, con que fue visto elegirle, y que no le escusa el estar litigioso el de las Cueuas, porque no procede la limitacion por auer vacado ambos juntos,

Conti-

636 ¶ Continuando la forma de discurrir en este papel se referiràn los derechos que competen a don Iuan (y se han considerado demas de los propuestos) para obtener el mayorazgo de las Cueuas, aunque sea incompatible el de Rejugena, y en el discurso dellos se responderà a los fundamentos contrarios.

PRIMERO DERECHO DE DON JVAN.

637 EN Su primera alegacion, *num.* 177. se notò el derecho preciso de don Iuan a este mayorazgo de las Cueuas por la escritura de capitulaciones del casamiento de don Iuã, primero llamado, y doña Iuana de Guzman, y por lo que se ha comprouado este derecho supr. *à num.* 22. no parece puede tener duda.

638 ¶ Porque quando se conceda a los contrarios todo lo que pretenden de la voluntad de los fundadores, para la incompatibilidad, y excluyr al descendiente primogenito, no obra auiendoles faltado la potestad, como se hizo euidencia, *à num.* 77. *& à num.* 107.

639 ¶ Y aunque a este derecho intentò satisfazer la parte de don Pedro en su alegacion *à numer.* 264. las razones de que se valiò se desvanecieron supra *à numer.* 121.

640 ¶ Y quando se juzgue incompatibilidad en el mayorazgo de Rejugena, es otro derecho no deduzido por los contrarios, y que se ha de tratar en diuerso juyzio.

641 ¶ Y este derecho fue el que principalmente se contiene en la demanda de propiedad puesta por don Iuan, que concluye ser declarado por legitimo sucessor deste mayorazgo, *memor. num.* 24.

SEGVNDO DERECHO.

642 ESte se prueua (aunque para el intento no se ha alegado) con que la clausula, *y por quanto*, en que se fundan los contrarios, està en la fundacion de el mayorazgo de Rejugena; y quando cause incompatibilidad, serà en èl, para que queriendo suceder el primogenito, aya de dexar el de las Cuevas, y passar al hijo segundo; mas no para que obre precisamẽte, de suerte que el hijo mayor no pueda valerse del llamamiento expresso que tiene en la fundacion del mayorazgo de las Cuevas, como se fundò *à nu.* 192.

TERCERO DERECHO.

643 ES Euidente (licet in specie non deductum) atendiendo a que los fundadores hizieron dos substituciones, y llamamientos en el mayorazgo de las Cueuas, juntandose con el de Rejugena.

644 ¶ La primera, en la fundacion deste en la clausula, *Y por quanto* (que en el presupuesto deste articulo se passa, conque comprehende el caso sucedido) en que dispusieron que a falta de descendientes de don Francisco, varones, y hembras, sucediesse don Iuan su hermano, y despues su hijo mayor, en el mayorazgo de Rejugena, y el segundo en el de las Cueuas.

645 ¶ La segunda substitucion fue en la escritura de el mayorazgo de las Cueuas, en la qual llamaron a don Iuan, y sus descendientes, regularmente, y faltando varones, y hembras a don Francisco su hermano, y despues a su hijo segundo, de suerte que no pusieron el caso de diuision mientras ay descendientes de don Iuan.

646 ¶ De que se sigue, que don Iuan (que litiga) se puede valer desta substitucion (que es preuilegiada por vltima, y estar en la escritura del mayorazgo porque

se litiga) porque fue visto que los fundadores le dieron esta facultad, sin impedirla la clausula, *Y por quanto*, ex regul. *l.* 1. §. *si proponatur, ff. si quis omis. caus. testam.* ibi: *Si proponatur idem institutus, & substitutus, & prætermisserit institutionem, an incidat in ædictum quæritur, & non puto incidere: quasi testator hanc ei dederit facultatem, qui eum substituit.*

647 ¶ Y que en los terminos de sucessiõ de mayorazgos incompatibles, sea visto que los fundadores quando hazen diuersas substituciones, ò contrarias, dan facultad al sucessor para vsar de qualquiera dellas, lo reconociò Dom. Castillo (que fue quien mas impugnò en el caso la facultad de elegir) *libr.* 5. *cap.* 179. *numer.* 8. ibi: *Cum testator vndem, & eundem, in sua hæreditate instituisset, respondet Iurisconsultus, quod testator visus est illi permittere, vt institutionis causa omissa, possit ex substitutione minus grauata succedere.*

648 ¶ Et comprobatur, *ex l. si te solum, de hæredib. instituend.* ibi: *Sed si te hæredẽ instituerim, & de inde sub conditione te eundem instituam, nil valere sequentem institutionem, quia satis plena prior fuisset, sed si plures institutionis ex eadem parte, sub diuersis conditionibus fuerint factæ, vtra prior conditio steterit, id faciet, quod supradiximus si pure sub conditione idem instituatur, & ibi Bart. in summ.*

649 ¶ Donde se ha de notar el vers. *Sed si plures,* que aunque llegasse el caso de la primera institucion, se ha de estar a la que no fue condicional, desuerte que quando aya llegado el caso de la clausula, *Y por quanto,* y no el de la *si acaeciere* (puesta en el mayorazgo de las Cueuas) se ha de estar a esta, por ser sin condicion.

650 ¶ Y la razon es, porque la mas fauorable al instituydo: *Plenior voluntas dicitur, & est obseruanda, licet autem fuisset, sub conditione institutus, l. si ita scriptum, & ibi glos. verb. potior, de hæred. instit.*

651 ¶ Y se confirma este intento, con que el tiene muchas substituciones puede suceder por qualquiera dellas, *ex l. si quis seruo, ff. de manum. testam.* Con lo demas notado en la alegacion de don Iuan *à num.* 161.

652 ¶ Y con lo que se dixo supra *à num.* 519. en razon de la diuision de las lineas.

QVARTO DERECHO, EN QVE SE REDVZE EL CASO *a sus propios terminos.*

653 SE Funda en reduzir la duda deste articulo a sus verdaderos terminos, porque no lo està en lo tratado, y resuelto por los Doctores que citan los contrarios, que hablan en dos mayorazgos incompatibles, el vno con el otro, y que por la aceptacion de qualquiera de ellos, es visto renunciar el otro, sin que se dè eleccion.

654 ¶ Y no son estos los terminos deste caso, pues solo el mayorazgo de Rejugena es el que se dize tiene la incompatibilidad, y no el de las Cueuas (en que no ay duda) y assi no es impedimento para que don Iuan pueda obtener este, sino para retener aquel siendo incompatible, y esta conclusiõ es textual, y comun en los Doctores de ambas opiniones.

655 ¶ Se amplia, aunque el segundo beneficio, ò mayorazgo sea incompatible: *Quia per acceptationem, & pacificam possessionem secundi beneficij vacat primum non è contra, cap. de multa. Clemen. si plures de præbend. Lotero, videndus)* porque refiere todos los textos que contienen prohibicion de junta, y incompatibilidad de beneficios, y la data, y efecto de cada vno) *tom.* 2. *lib.* 3. *de re benefic. quæst.* 23. *& in num.* 17. Pone por conclusion comun: *Assecutio incompatibilis non aduersatur acquisitioni secundi beneficij; sed retentioni prioris.*

prioris: Refiere a Seraphino *decis.* 774. *numer.* 2. Y muchos Doctores, en que no ay variedad.

656 ¶ Y en materia de mayorazgos Addit. ad Dom. Molin. *li lr* 3. *cap.* 2. *num.* 30. verſ. *Neque obstat, Dom. Rea deciſ.* 52 *num.* 34. ibi: *Non cauſare incompatibilitatem acquiſitionem, ſed retentionem, idque reſpicit concurſus maioratus.* Y que no ay prohibicion alguna en derecho, Dom. Solorç. *tom.* 2 *lib.* 2. *c.* 18. *n.* 15.

INFERENCIA.

DE Que ſe infiere, y ſe puede dezir, que el no auer obtenido don Iuan la tenuta, fue, porque en aquel juyzio no ofreciò dexar el mayorazgo de Rejugena, caſo fueſſe incompatible, ſino que abſolutamente pidiò la poſſeſsion de el de las Cueuas, *memor.* 1. *num.* 9. *nueua adic. fol.* 3. *B.*

RESPONDESE A LO QVE SE OPVSO EN EL FIN DEL tercero fundamento, num. 635.

657 Y Lo que ſe opuſo por don Pedro en ſu alegacion *à num.* 299. de que lo referido, pudiera proceder quando huuiera vacado antes el mayorazgo de Rejugena, y deſpues el de las Cueuas, mas no, auiendo ſucedido junta la vacante de ambos, porque dizen, que con auer aceptado el de Rejugena, quedò priuado del de las Cueuas, ex Dom. Paz, Dom. Rea, Dom. Solorç. y los demas que citan, lo qual no obſta.

658 ¶ Lo primero, porque los dichos Doctores entienden la limitacion quando el ſegundo mayorazgo es incompatible con el que ſe poſſee (ſecus en nueſtro caſo) *Dom. Paz de tenut. cap.* 34. (que es donde le citan) *num.* 26. ibi: *Si poſſeſſor ergò maioratus admiſsit aliud primogenium incompatibilium, eo quod poſsidebat,* y en el *n.* 37 que es la cita indiuidual, *& dicendum videtur, per acceptationem ſecundi maioratus cum primo incompatibilis.*

659 ¶ Y con el miſmo preſupueſto ponen el caſo los *Addit. ad Dom. Molin. lib.* 3 *cap.* 2. *num.* 30. verſ. *Cæterum, Dom. Rea dict. deciſ.* 5 *& Dom. Solorç. dict. lib.* 2. *cap.* 18. donde trata de dos Encomiendas, que por particulares Cedulas el que tiene vna, no puede obtener otra.

QVARTO DERECHO EN CASO MAS DIFICIL.

660 Y Quando fuera incompatible por ſi el mayorazgo de las Cueuas, el auer tomado la poſſeſsion del de Rejugena, no perjudicara, por eſtar aquel litigioſo, y la razon es, porque la poſſeſsion pacifica del primero mayorazgo, ò beneficio (como queda dicho) no impide la aſſecucion de otro incõpatible, haſta la pacifica poſſeſsion del ſegundo, y no por el contrario: y aſsi para obtener el mayorazgo de las Cueuas, no obſta el poſſeer el de Rejugena, haſta tener la poſſeſsion pacifica del de las Cueuas, aunque fuera incompatible por ſi, *Garcia de benefic. part.* 11. *cap* 5. *num.* 107. Donde refiere declaraciones de Cardenales, y deſpues en el *num.* 108. reſuelve el caſo a fauor deſta parte en terminos mas riguroſos.

661 ¶ *Et nouiſsime idem tenet Leſius lib.* 2. *cap.* 34. *num.* 147. *Dicens, quod ſi beneficium ſecundum ſit litigioſum, non vocauit prius, donec pacificus ſecundi poſſeſſor fueris: ſi autem ſecundum pacifice poſsideris, vacauit prius, etiam ſi ſit litigioſum, & addit, quod ſi obtento titulo vnius talis beneficij, abſque poſſeſsione accipias ſecundũ litigioſum; & poſteà antea: Quam incipias eſſe pacificus poſſeſſor ſecundi, accipias pacificã poſſeſsionem primi, non ideò ammitis ſecundum litigioſum (vt quidam putauerunt) quia id iure ſtatutum non eſt, vt docet Nauarr. conſ.* 14. *aliàs* 31. *de præuend. quod mihi placet, & videtur certum.* Y veaſe en comprouacion lo que ſe notarà infr. *num.* 704. y el texto que ſe cita *num.* 706.

Y menos

662 ¶ Y menos es auer pedido la possession de ambos mayorazgos, y tomado la del de Rejugena, y contradezirse luego la del de las Cueuas.

663 ¶ Y los fundamentos contrarios solo miran al caso de eleccion, y no a los dichos derechos, que no se fundan en ella, sino en el que por si tiene don Iuan al mayorazgo de las Cueuas.

QVINTO DERECHO EN TERMINOS DE ELECCION, Y SE responde al primero fundamento contrario, que se puso n.633.

664 POR El propio derecho que tuuo, y tiene don Iuan a dichos mayorazgos (ò otro a dos incompatibles) puede elegir, y la *l.7.tit.7.lib.5. Recopilat.* solo lo declara, y no lo dà, ni necessitan de disposicion expressa de los fundadores, y en este caso no la ay contraria.

665 ¶ Esto es opuesto al primero fundamento contrario, y de explicar, y desvanecer sus partes, quedarà comprouada la proposicion precedente, y assi se discurre por ellas.

SE DA NVEVA RAZON DE DIZIDIR A LA dicha ley 7.

666 AVNQVE En lo comun presuponen los Doctores que la dicha *ley* 7. dà facultad de elegir en el caso que contiene, y *Dom.Castill.lib.5.cap.179 numer.2. Dixit, quod in re compensationem vnius maioratus, quem filio maiori abstulit, electionem eidem concessit.* Y en vers. *Secundo, vt filius ipse maior, quia aliàs in vno, & alio maioratu succederet, quanto minus possibile esset, præiudicatus maneret.*

667 ¶ Y reconociendo que es (como lo dize) *egregia, & memorabilis obseruatio.* Debaxo de la correccion de V.S considero que no se colige de la mente (que explica la misma *ley* 7.) y palabras della, y siendo su disposicion por el bien comun, y general, no ay obligacion de recompensa por el daño particular.

668 ¶ Y que la dicha *ley* 7. solo dispuso el remedio al inconueniente de la junta de los mayorazgos, mas no alterò (ni pudiera) en lo demas el derecho de la sucession, y disposicion de los fundadores, como lo reconoce *Dom. Castill dict.cap.179. num.2. & in num.fin* vers. *Et inferius,* donde refiere el cons. *D.Valençuel.Velazq.83.n.114 & 147.D.Rea decis.51 n.44.*

669 ¶ Y assi la dicha *ley* 7. no diò derecho de eleccion, sino conseruò el q̃ alias tenia el primogenito de suceder en qualquiera de los mayorazgos, cuya inteligencia es juridica, y adequada a las palabras de la ley, ibi: *El hijo mayor que en las dichas dos casas assi juntas por casamiento podia suceder, suceda solamente en vno de los tales mayorazgos en el mejor, y mas principal qual el quisiere escoger.*

670 ¶ Donde se han de ponderar las palabras, *podia suceder*, que denotan el llamamiento de ambos mayorazgos, y aunque las siguientes, *suceda solamente en el mejor, y mas principal*, preuenian la satisfacion, y menos daño, que es la segunda razon, *Dom. Castill. Vt quanto minus præiudicatus maneret.* Pues no auiendo de tener dos mayorazgos, se le daua el mejor, cõ todo aumentò las palabras, *Qual quisiere escoger*, dexandole la eleccion por no perjudicar el derecho que preuino antes, *Que en las dichas dos casas assi juntas, por casamiento podia suceder.*

671 ¶ Y se manifiesta que las dichas palabras son declaratorias, y no dispositiuas, pues si el vno de los dos mayorazgos que se juntan por casamiento, tuuiera particular disposicion del caso, como exclusion de el primogenito por ciego, ò por defecto, ò el vno tuuiera la dicha condiciõ, desuerte que no podia suceder en ambos; no

no es dudable que no auia de tener eleccion quien padeciera alguno de los defectos, pues esta se funda, *En poder suceder en ambos*, que es el derecho que conserua la ley.

672 ¶ Y que auia de suceder *specifice vocatus, latè Dom. Castill. libr. 5. capit. 158. n. 11 per totum.*

673 ¶ Y la razon para que en el mayorazgo que dexa el primogenito, suceda el hijo segundo (en que dan muchas *Dom. Castill. dict. cap. 178. & D. Rea decis. 51.*) nace inmediatamente de lo referido, y de la razon de prohibicion de la junta, y assi al primogenito se le quita la linea de la sucession del mayorazgo que no elige, desuerte que si es de parte de la madre, en ficcion, no queda por hijo en esta sucession, y se reputa por muerto, y assi ocupa el lugar de primogenito el hijo segũdo que se prefiere a los sobrinos, que es la diferencia de lineas que se noto supr. *num.* 523. y a este principio se reduce, y incide lo que latissimamente han tratado los Doctores, y aunq̃ lo vno, y otro se podia exornar, y admitir por la nouedad, y para la cẽsura, se omite, porque basta lo dicho para el intento.

674 ¶ De que se sigue, que don Iuan por sus mismas lineas, y propio derecho puede elegir la sucession de qualquiera de los dos mayorazgos, y solo al que dexare, pueden pretenderlo don Pedro, y don Francisco.

QVANDO LOS FVNDADORES NO QVITARON LA ELECCION, fue visto darla, y se responde a la segunda parte del primero fundamento contrario, de quo supr. num. 633.

675 ESTA Conclusion es comun, y se prouò en la alegacion de Don Iuan *num.* 148. *cum 3. sequentib.*

676 ¶ Y la que los contrarios ponen, alegacion de don Pedro *à num.* 260. de que solo se permite la eleccion, a quien los fundadores la conceden, no es cierta, ni la prueuan, porq̃ los textos, y Doctores que alegan, solo concluyen, que el que possee vn mayorazgo incompatible, y es llamado a otro, no podrà elegir vno, y renunciar el otro en vn hijo en perjuyzio del que auia de suceder.

677 ¶ Antes la opinion que tuuierõ *Dom. Valençuel. cons. 83. lib. 1. Dom. Castillo dict. cap.* 178. de que el posseedor de vn mayorazgo incompatible estaua excluydo de otro (que lo fuesse) que vacò despues, y que no le competia eleccion.

678 ¶ La reprueuan los *Addit. ad Dom. Molin. lib. 3. cap. 2. num.* 30. vers. *Caeterum, Dom. Rea decis. 52 per totam, Dom. Solorç. de Indiar. iur. tom. 2. lib. 2. cap. 18. per totum.* Y en el *num.* 50. refiere, que en el Real Consejo de Indias, se juzgò lo cõtrario en el pleyto de el *cons.* 83. Domin. Valençuela Velazquez, y con otros muchos, y que se cõcediò la eleccion, y por esta opinion se pondera vn notable texto (que los dichos Doctores no citan) *num.* 706.

679 ¶ Y en el nuestro (y en los semejantes) no es necessario fatigar el discurso, sino considerar que el sucessor de dos mayorazgos, aunque sean incompatibles (quando no ay disposicion expressa en contrario) le està llamando el fundador, si es vno, ò muchos, a su mayorazgo separadamente. Luego puede elegir, ò aceptar el llamamiento que de los dos quisiere, concurran, ò no juntos?

RESPONDESE A LA TERCERA PARTE DE EL FVNDAMENTO primero contrario, citado num. 633. y se funda que en este caso no quitaron la eleccion los fundadores.

680 SOLO A lo referido pudiera obstar el verificar los contrarios, el dezir, q̃ ay en este caso, *los fundadores quisieron sucediesse el hijo segundo*, y lo fundan

en las palabras de la causula, *Y por quanto*, y que no quitan la eleccion, lo manifiestan las razones siguientes.

PRIMERA RAZON.

681 COMO Queda repetido, y reconocen los Abogados de don Pedro, la diuision delos mayorazgos, y llamamiento de hijo segundo, fue en caso de sucesion, y morir sin descendientes don Francisco, primero llamado al de Rejugena, y asi no se extiende a la junta por matrimonio: *Qui casus sunt disimiles, à quibus non potest fieri illatio, l. si duo in fin. cum concord. ff. vbi posid.* Y en terminos *Dom. Valençuel. Velazquez dict. cons.* 83 *.num.* 92. ibi: *Et dictus casus, quando per matrimonium venirent vniendæ duæ Commendæ propter ius specialitatem, non potest trahi ad consequentiam aliorum, l. quod furore, ff. de legat.* Y lo comprueua en los numeros siguientes.

682 ¶ Lo qual *Dom. Solorçan. dict. lib.* 2 *cap.* 18 *num.* 34. prueua que procede en caso de disposicion de hombre (en que estamos) ò statuto, mas no de ley.

683 ¶ Y concurre la diuersidad de razon que ay en dichos dos casos, que se considerò *à num.* 409. *&* 689.

SEGVNDA RAZON.

684 ES Que las palabras de la dicha clausula: *En tal caso quede este mayorazgo* (de Rejugena) *en el hijo varon mayor del dicho D. Iuan, è el mayorazgo que en el dicho don Iuan hazemos, quede al segundo hijo varon legitimo que del quedare, è a sus descendientes.* No hazen precisa la dicha disposicion, sino por fauor de la linea primogenita, porque entonces era mayor en calidad, y renta el mayorazgo de Rejugena, como lo reconocen los contrarios, alegacion de don Pedro *à num.* 269.

685 ¶ Y asi las dichas palabras tienen embeuida la condicion, si el mayor quisiere aceptar el mayorazgo, argument. *l. si tibi homo, § cum seruus de legat.* 1. *& in specie Dom. Larrea decis.* 52 *.num.* 34. ibi: *Id respicit prohibitio concursus maioratus, tum eo ipso quo eligit possessor maioratum vnum, & alium omittit, idem causetur, ac si nunquam, & retro ab initio non acquireretur exemplo legati, nam quamuis in eo à die mortis testatoris, vel a dicta hæreditate transferatur dominium in legatarium, id tamen non transit irreuocabiliter, sed subiacet, vt si repudietur legatum, perinde habeatur, ac si nunquam fuisset legatarij.*

686 ¶ Y deste principio procede, q̃ el mayorazgo se puede dexar de aceptar en perjuyzio de los acreedores, *l. qui autem, ff. quæ in fraud.* Y refiriendo en particular los Doctores que tratan la materia *Dom. Castill. lib.* 5 *.cap.* 112 *.nu.* 21. *Dom. Rea decis.* 55. *n.* 3. *& per tot. D. Salg. in labyrint.* 2 *.p.c.* 14 *à nu.* 12. *vsque ad* 28.

TERCERA RAZON.

687 SI Se llega a considerar incompatibilidad en el caso sucedido, no puede ser porque llegasse el de la clausula, *Y por quanto* (en que se manda hazer la diuision, y que suceda el hijo mayor de don Iuan en el mayorazgo de Rejugena, y el segundo en el de las Cueuas) porque fue debaxo de condicion si muriesse sin sucessores don Francisco (la qual faltò.) Sino por dezir que los fundadores quisieron hazer dos mayorazgos distintos, en que se conseruasse su memoria, en dos lineas diferentes, y lo reconocen los contrarios supr. *à num.* 319

688 ¶ Luego si faltò la condicion, tambien aquella forma partitular de asignacion de los mayorazgos? Y solo quedò la razon comun de la diuision debaxo de las reglas del Derecho, q̃ como queda notado don Iuan por sus llamamientos,

como

como se dixo *num.* 523. y por concurrir las dos lineas puedé suceder por la que eligiere, como se notò *à num.* 525.

689 ¶ Y en este caso ay mayor diuersidad de razon, porque en el de la clausula, *Y por quanto*, quando los fundadores diuidieron los mayorazgos, y hizieron la asignacion, fue quando no auia linea de dõ Francisco su hijo mayor, y quedar ambos en la de don Iuan, mas en lo sucedido permanecen ambas lineas, y por el consiguiente los llamamientos, y prerrogatiuas dellas, y hallandose don Iuan con las de ambos mayorazgos, ha de vsar de la que quisiere.

690 ¶ Y conduce todo lo que queda notado, para que no se aya de dar extension *de casu ad casum, nec de persona ad personam.*

QVARTA RAZON.

691 ESTA Es comun, en que conuienen los Doctores, *teste D. Castill. lib.* 4. *c.* 9. *à num.* 1. *& num.* 10. ibi: *Ex eisdem doctrinis hactenus propositis deduci verisimũ esse regulam quandam sibi scribentium omnium axioma vulgarissima, & assidue allegauile, videlicet verbà interpretari deberi in vltimis voluntatibus, & inquibuslibet alijs dispositionibus secundum tempus prolationis, & rebus ita, vt tunc erant permanentibus, & stantibus, & aliquo de nouo, non emergenti, in omni actu, & materia, & maximè vltimarum volũtatum tractatu, Dom. Salgad. in labyrint. part.* 1. *cap.* 25: *per totum, præcipuè, à n.* 22.

692 ¶ Luego deste principio bien se sigue que auiendose mudado el estado de las cosas en las personas (pues la clausula dispuso en don Iuan, y sus hijos a falta de don Francisco su hermano, sin descendientes, y los ay) y en los bienes (pues el mayorazgo de las Cueuas es de mayor calidad, y renta) se mudò la voluntad de los fundadores, y assiste a don Iuan para que suceda en el mejor mayorazgo, y las siete presunciones que se fundaron en su alegacion, *à num.* 194. vsque ad 220. a que no parece se puede dar bastante respuesta.

693 ¶ Y solo la dicha mudança basta, *vt cum Dom. Castill. & alijs Dom. Salg. in labyrint. lib.* 1. *cap.* 25. *num.* 22. ibi: *Quando mutatur qualitas, & status rerum, extinguitur omnis effectus prioris status, adque res ipsæ secundum præsentem statum iudicantur nec non mutationem qualitatis, & conditionis, rerum aut personarum producere varios effectus, & diuersa iuris ministeria operare.*

694 ¶ Y aunque la voluntad que los contrarios pretenden induzir estuuiera escrita, y expressa en la fundacion, se puede, y deue V.S. apartar de ella, *vt cum alijs Dom. Castillo dict. lib.* 4 *cap.* 59. *n.* 10. ibi: *Iudex mutatu rerũ statu, de facile recedere potest à volũtate testatoris scripta in testamento, quia ad eũ voluntatis quæstio pertinet, l. volũtatis, C. de fideicom.*

695 ¶ Y los contrarios reconocen (alegacion de don Pedro *num.* 269.) que los fundadores, mirando el mayor vtil del primogenito de don Iuan quisieron que sucediesse en el mejor de los dos mayorazgos, que entonces era el de Rejugena.

696 ¶ Desto se sigue, que auiendose mudado el estado de los mayorazgos, siendo el mejor el de las Cueuas, se verifica en el la voluntad de los fundadores del mayor vtil, y mejor mayorazgo para el primogenito, y que la asignacion que se hizo por fauorecerlo, no se ha de conuertir en su perjuyzio, *contra reg. l. quod fauore, C. de leg. Et inducta ad augmentum non debent operare diminutionem, l. legata, ff de adim. legat.*

RESPONDESE AL SEGVNDO FVNDAMENTO CONTRARIO, *que se citò numer.* 634.

697 A Lo referido no obsta el segundo fundamento contrario, que se opuso, y recopilò en la alegacion de don Pedro, *à unmer.* 270. de que no se ha de

atender

atender a la mudança de los tiempos que ha sobreuenido en los mayorazgos, si no al estado que tuuieron al tiempo de la fundacion, y que fue el mente de los fundadores, como dizen se dispone por derecho en todo genero de actos.

698 ¶ Porque se satisface, con que lo contrario (*scilicet*, que se ha de atêder al estado de la fundacion, sino se ha mudado, *secùs*, sino permanece) es cierto, y sin cõtrouersia entre los Doctores, como se prouò supr. *num.* 691. y aquellos son los terminos del caso, y no de actos momentaneos, que son los que los contrarios considerã (ex *num.* 271. en la alegacion de don Pedro) en ventas, lesion, nulidades, y recissiones de contratos, y restitucion de menores.

699 ¶ En cuya comprouacion alegan a *Hermosill. in glos.* 5. *l.* 56. *tit.* 5. *partit.* 5 *à num.* 1. *vsque ad* 9. donde pone las ampliaciones, y passando al inmediato siguiente, se hallaràn las limitaciones comunes, *num.* 10. quando la tradiciõ, ò extension del cõtrato, *in futurum confertur, & in conditionali tempus, in quo dispositio confertur, inspiciendum est*, *num.* 12. en las cosas que tienen trato sucessiuo, que en estos, y muchos casos que pone, de lesiones, locaciones, y emphiteosis se ha de considerar al estado presente, y sucedido despues del contrato, desuerte que estamos en las limitaciones de la misma regla, y Doctores que los contrarios oponen.

RESPONDESE AL TERCERO FVNDAMENTO CONTRARIO, *que se puso numer.* 635.

700 LA Alegacion de don Pedro *à num.* 292. juntò los motiuos deste fundamento que contiene, que caso que al principio pudiera elegir don Iuã el mayorazgo de las Cueuas, perdiò el derecho, por auer tomado antes la possession del de Rejugena, y continuarla despues, conque fue visto elegirle.

701 ¶ La prouacion se reduze *à num.* 295. a las doctrinas Dom. Valençuela Velazquez, & Dom. Castill. de q̃ el que aceta vno de dos mayorazgos incompatibles, es visto dexar, y repudiar el otro, y lo adquiere el siguiente llamado; y que es mayor demonstracion auer continuado Don Iuan la possession de el mayorazgo de Rejugena.

702 ¶ A esto se respondiò concluyentemente en la alegacion de don Iuã, *videnda à num.* 221. con que el pedimiento de possession que en Seuilla se hizo por parte de don Iuan fue de los dos mayorazgos (*& nunc adimus*, que tambien de el de Torrijos, y Mayrena, *memor. num.* 6.) poniendo en primer lugar el de las Cueuas, y que esto bastò para la eleccion: y que era necessario se le prouasse ciencia de la incompatibilidad que faltò, y de presente pretende no la ay, y està litigiosa, y que assi no ha llegado el caso de la eleccion.

703 ¶ Y a las doctrinas D. Valençuel. Velazq. D. Castill. D. Paz, de que se valen los contrarios, se respondiò supr. *num.* 658. que hablan en dos mayorazgos incompatibles el vno con el otro, y que no estamos en este caso, porque el de las Cueuas no tiene incompatibilidad, y quando la tuuiera, la opinion contraria es mas recebida, y comun, como alli se notò.

704 ¶ Y de presente se acrecee, que este punto (como los demas) no se ha tocado indiuidualmente, y lo que se dixo en la alegacion de don Pedro, *à num.* 298. es, si se ha de conceder termino para la eleccion, y si luego que tomò Don Iuan la possession del mayorazgo de Rejugena, perdiò el de las Cueuas.

705 ¶ Mas no tratan si se requiere sentencia declaratoria de la incompatibilidad, y si la possession anterior perjudica, que se tocò en la alegacion de D. Iuã,

num. 227.

num. 227. y la duda procede en dos mayorazgos, ò beneficios incompatibles, *simpliciter, quæ inuicem inter se non compatiuntur*, que por la possession pacifica del segundo, se pierde el primero, *ipso iure*; y la dificultad es si se requiere, ò no, sentencia declaratoria, y si escusa la ignorancia, y demas causas deduzidas, y no estamos en este caso, porque el mayorazgo de las Cueuas por si no es incompatible.

706 ¶ En otra manera se dize el mayorazgo, ò beneficio incompatible, *idest sub conditione*, este es nuestro caso: *Si este mayorazgo, y los bienes del vinieren en don Iuã, è en sus descendientes por via de las dichas substituciones, ò alguna dellas en tal caso.* O en beneficios simples, q̃ *ratione loci*, ò pluralidad, ò otras causas, tienẽ incõpatibilidad, y cõuienen todos los Doctores, que se necessita de sentencia declaratoria, como refiriendo muchos textos, y Doctores, lo tienen *Nicolas Garcia de benefic. part.* 11. *in capit.* 5. *à num.* 65. & 100. y con mayor distincion *Molfes. in summ. tractat.* 6. *cap.* 9. *à num.* 1. *& in specie num.* 45.

707 ¶ Y en los terminos de incompatibilidad de encomienda, ò mayorazgos, *D. Solorçan. compluri. DD referens, de Indi. iur. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 25. *n.* 58.

708 ¶ Y que juyzio aurà que quiera dar ciencia en don Iuan Manuel, entonces, ò aora, de si faltò la condicion de la clausula, *Y por quanto*, si quedò la razon de diuision, si la incompatibilidad es Real, y lo demas disputado? Y que dexe de permanecer la duda en las partes, y Abogados, hasta la determinacion?

709 ¶ Y fuera confundir el derecho, y la diferencia entre la incompatibilidad expressa, y tacita, contra lo que nota *D. Castill. lib.* 5. *cap.* 180. *num.* 15. *Vere tamen non ita facilè incompatibilitas inducitur, aut duorum maioratum concursus impediri debeuit, ob tacitam, & præsumptam, sicut vt expressam voluntatem; idcircò, quando ex coniecturis incompatibilitatem induci, acquè ex mente, seù ex vi rationis expressæ, duorum maioratuum concursum, aut vnionem impedire contendamus, maxima cum deliberatione, & consideratione procedendum erit.*

ESTVVO LITIGIOSO EL MAYORAZGO DE LAS CVEVAS DESDE EL PRINcipio: y assi no perjudicò a don Juan la possession del de Rejugena.

PRIMERA CAVSA.

710 LA dicha conclusion es sin controuersia, y assi se fundò en la alegacion de don Iuan, *à n.* 227.

711 ¶ Solo se opuso, y se valieron los contrarios (alleg. de don Pedro, *à num.* 301.) de la doctrina *D. Paz de tenut. cap.* 34. refiriendo algunas de sus palabras, omitiendo las essenciales, como en las del *num.* 40. las que comiençan: *Quorum iurium*, dexando las consecutiuas, ibi: *Præsertim si pœna priuationis ipso facto imposita est à maioratus institutore, vt frequentèr apponi solet.*

712 ¶ Y no ay esta pena, y al dicho caso se refieren las palabras *D. Paz, n.* 41. que comiençan, *Eo casu* (que cita la alegacion de don Pedro, *num.* 303.) y tambiẽ omitiò; *Hoc enim procedit (scilicèt sententia declaratoria) quando vacatio non est certa, sed controuersa: in casu tamen nostro non dubitatur de incompatibilitate, quæ assumptum est quæstionis nostræ, & vacatio controuersa esse non potest.* Desuerte, que la doctrina del señor Paz no cõtradize, antes prueua la conclusion; pues la principal controuersia deste pleyto consiste en si ay, ò no, incompatibilidad, y no es dudable requerirse sentencia, como se dixo *num.* 706.

SEGVNDA CAVSA.

713 LVEGO Que don Iuan pidiò la possession de los quatro mayorazgos, se le contradixo la del de las Cueuas, y el cumplimiento de la requisito

ria en Cordoua por don Francisco, y don Luys su padre, y dentro de vn mes inten taron la Tenuta en el Consejo (mem. num. 7. & 8.) con que la contradicion se dize *in continenti*, aunque fuera dentro de dos meses, para que al principio no se pudiera de zir pacifica la possession, y muchos Doctores lo extienden a vn año, que tratò latamente Garcia *dict. p. 11. cap. 5. à n.* 111.

714 ¶ Y assi sin perjudicar su derecho, pudo don Iuan tomar, y continuar la possession del mayorazgo de Rejugena, porque el derecho, ni la equidad permiten, que dexara el cierto por el dudoso, a riesgo de perderlos ambos, como en terminos lo prouaron (*contra D. Valenç. Velazq. & D. Castill.*) diziendo es mas verdadera, y recibida opinion, que se deue observar *in praxi, & in iure, Addit. ad D. Molin. lib. 3. cap. 2. num.* 30. *D. Rea decis.* 52 *per tot. præcipuè num.* 34. *D. Solorçan. dict. tom.* 2. *libr.* 2. *cap.* 18. *& in num.* 25. lo amplia, aunque el fundador aya llamado otro en defecto del primogenito, y lo mismo tuvo *D. Paz de tenut. cap.* 57. *à n.* 200.

715 ¶ Y es notable text. que los dichos Doctores no ponderan, siendo expresso en el caso el *cap. si tibi concesso* 26. *de Præbend. in* 6. *& ibi gloss.* Donde el caso fue, que el Obispo Pitabiense ganò indulto para gozar los frutos de vn año de todos los Beneficios que vacassen en su Obispado, y vacò vno curado, y lo proueyò en quiẽ tenia otro incompatible curado, y se dudò si vacò el primero. Y responde: *Æquum est, vt quandiù fructus ipsius perceperis, primum non debeat reputari vacare.* Desuerte, que no se dà incompatibilidad hasta gozar pacificamente de el segundo beneficio, ò mayorazgo.

716 ¶ *Seraphin. in decis. quam refert, & probat Garcia dict.* 11 *part. cap.* 5 *nu.* 106. ibi: *Secùs in casu isto, in quo adest timor, ne quis careat vtroque beneficio*: que es en los terminos que se trata.

717 ¶ Y no es inconueniente auer posseydo el mayorazgo de Rejugena quando se ofrece dexar, *vt in specie* (demas de lo dicho) *Dom. Rea decis.* 52. *in fine: Ita in maioratu dicendum, vt quasi non delatus censeatur, eo quod repudiatur, & alius eligatur, & absurdum foret considerare incompatibilitatem ex momentanea adquisitione, postquàm maioratum à se abdicauit, & solum ex delatione successionis induci imaginem incompatibilitatis, vt alias traditur in l.* 1. *in princip. C. de lat. lib. tollend.* ibi: *Satis absurdum est ipsa origine sublata eius imaginem derelinqui.*

718 ¶ Y aunque la question fue, quando posseyendo vn mayorazgo incompatible vaca otro (que convence a don Francisco en la pretension de que se causò la incompatibilidad en don Gonçalo (casa 21.) que posseyendo el de las Cueuas vacò el de Rejugena) lo mismo es vacando juntos, como se dixo *supr. à num.* 657. por que hasta gozar pacificamente los frutos del de las Cueuas, no ay incõpatibilidad, ni obligacion de dexar el otro mayorazgo, como lo prueua el dicho *cap. si tibi concesso, de Præbend. in* 6. y lo notado *à n.* 660. *& in n.* 716.

719 ¶ Y quando huviera don Iuan tomado, en virtud del auto de la justicia de Seuilla, y requisitoria, la possession de ambos mayorazgos, sin la contradiciõ que huvo, no se dixera pacifica, sobreuiniendo luego la contradicion: *Quia possessio acepta in continenti non dicitur pacifica. Nauarr. cons.* 18. *de Præbend. in fin. Garcia dict. part.* 11. *cap.* 5. *num.* 115. donde con Rebuff. & Gab. tiene, que no se dà vacaciõ de vno de dos Beneficios incompatibles antes de dos meses de la pacifica possession de ambos, y en este caso fue *incontinenti* la contradicion, y dentro de vn mes la demãda de tenuta.

TER-

TERCERA CAVSA.

720 SOLO Con la contradicion extrajudicial en el mayorazgo de las Cuevas, hasta que se declare que pertenece a don Iuan, no ha tenido, ni tiene obligacion de dexar el de Rejugena, aunque sea incōpatible, ni hazer eleccion, queda fundado en los numeros precedentes, que procede hasta tener la pacifica possession, solo falta prouar baste la contradicion judicial, ò extrajudicial.

721 ¶ *Latè Garcia dict. part.* 11. *cap.* 5. *num.* 105. donde pone dos notables decisiones de Rota, *& alios referens Lotero de re benefic. dict. lib.* 3. *quæst.* 3 *à num.* 25. donde lo amplia, aunque aya decreto de *dimittendo*, ibi: *Cum ad hoc ne videatur pacifica possessio, nullum sit discrimen inter molestias iudiciales, & extra iudiciales.*

QVARTA CAVSA.

722 POR Ser menor don Iuan (como es constante) su curador, que pidiò, y tomò la possession, y aun su procurador (quando fuera mayor) no pudierā perjudicarle en la priuacion del mayorazgo, ni hazer incurriesse en pena alguna, *l. si procurator, & ibi DD. ff. de condit. indebit. l.* 3. §. *si procurator, & ibi Bart. & Ias. ff. quod quis iur. Menoch. cons.* 296. *à num.* 8. *Costa in tract. de fact. scient. inspect.* 52. *part.* 1. *Nouario decis.* 53. *à num.* 1.

723 ¶ Y que el menor se restituya aun en las penas que se incurren *ipso facto*, como el commisso, *l. si ex causa* 9. §. *si in commissum, ff. de mino. l.* 6. *tit.* 7. *p.* 5.

724 ¶ Y en la contrauencion a las condiciones, y preceptos de los fundadores de mayorazgos, *latè Mieres* 2. *part q.* 4. *illat.* 8. *à num.* 162. *D. Castill lib.* 5 *cap.* 127. *per tot. & num.* 42. donde nota, que se ha de atender a la edad, y don Iuan tenia catorze años. Y *num.* 48. que se requiere dolo verdadero, y no lo puede auer. *Num.* 56. que no ay duda quando *res est integra*, y se puede cumplir el precepto, como en este caso, y lo mismo D. Rea *decis.* 59. donde pone el caso en la condicion de casar con persona de la familia, y de limpia generacion; y para la denegacion de la restituciō, requiere que interuenga dolo, y que *res non sit integra* (que ambos requisitos faltan.)

725 ¶ Y tratando don Iuan *de damno euitando*, y siendo como es la ignorancia, no solo *iuris, sed iuris obscuri*, no ay controuersia en que le escusa, *latè Farin p.* 2. *fragment. verb. Ignorantia, à n.* 273. *& n.* 289.

RESPONDESE A LA VLTIMA REPLICA DE DON PEDRO EN SV ALEGAcion, *à num.* 312.

726 DIZE, Que en caso que tenga eleccion don Iuan, ha de dexar, no solo el mayorazgo de Rejugena; sino el de Torrijos, y Mayrena, a que se respondiò concluyentemente en la alegacion de don Iuan, *à num.* 168. *& num.* 213. *& addimus*, que es pretension deduzida solo en la informacion en derecho de don Pedro, y no deduzida, y sustanciada en el pleyto, sobre lo qual no puede caer determinacion.

Con que parece quedan libres de las oposiciones contrarias, las pretensiones de don Iuan, y se espera determinacion a su fauor. Salva in omnibus tanti Presidis, grauissimique Senatus, doctissima censura, &c.

El Licenciado D. Pedro Muñoz de los Diez.